Der gegenseitige Vertrag

im

bürgerlichen Gesetzbuch.

Inauguraldissertation.

Der hohen Juristenfakultät der K. Universität Tübingen
zur Erwerbung der juristischen Doktorwürde
vorgelegt von

Karl Schefold,
Justizreferendär in Ulm.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Ulm, im Februar 1902.

Druck der J. Ebner'schen Buchdruckerei in Ulm.

Gedruckt mit Genehmigung
der juristischen Fakultät
in Tübingen.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 5

1. Theil: **Gegenseitiger Vertrag** (B.G.B. §§ 320 f.)

§ 2. Allgemeines 6

§ 3. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags 6

§ 4. Die sog. Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags . . 15

§ 5. Die Folgen der nach Vertragsabschluß eintretenden Unmöglichkeit der Leistung des einen Theils 19

§ 6. Erfüllungsverzug bei gegenseitigen Verträgen 37

§ 7. Die Bestimmungen des B.G.B. §§ 325 II, 327 . . . 48

§ 8. Das Fixgeschäft im B.G.B. 50

§ 9. Nachtrag zum 1. Theil. Die zweiseitigen Verträge der Reichskonkursordnung 53

2. Theil: **Welche Verträge des B.G.B. fallen unter die Bestimmungen §§ 320 bis 327?**

§ 10. Der Begriff „gegenseitiger Vertrag" im B.G.B. . . . 55

§ 11. Einseitige Verträge des B.G.B., welche ihrer Natur nach eine Vertragsleistung des Gläubigers zulassen 60

§ 12. Der Gesellschaftsvertrag 70

§ 1.

Einleitung.

Das bürgerliche Gesetzbuch behandelt in seinem zweiten Buch „Das Recht der Schuldverhältnisse." Abweichend von den meisten Lehrbüchern des gemeinen Rechts ist nun aber im B.G.B. die Anordnung nicht so getroffen, daß in zwei Haupttheilen die allgemeinen Lehren und die Lehre über die einzelnen Schuldverhältnisse behandelt werden, sondern die ganze Materie ist in sieben selbständig nebeneinander gestellten Abschnitten dargestellt, von denen die sechs ersten Lehren behandeln, die bisher in dem Abschnitt „allgemeine Lehren" zusammengefaßt wurden, während der siebente Abschnitt die Ueberschrift „einzelne Schuldverhältnisse" trägt. Daß mit dieser Eintheilung irgend welche materielle Aenderung nicht vorgenommen werden wollte, ergiebt sich schon daraus, daß der siebente Abschnitt sich schon durch seine Ueberschrift: „einzelne Schuldverhältnisse" in einen Gegensatz zu den sechs ersten Abschnitten insgesammt stellt.

Diese Feststellung ist nicht unwichtig, weil auch die Ueberschriften im B.G.B. sich als Theile des Gesetzes selbst darstellen (sie sind im Reichsgesetzblatt enthalten[1]) und weil das B.G.B. in vielen Gebieten die juristischen Begriffe und die Systematik des gemeinen Rechts ohne eigene Definitionen in sich aufgenommen hat, so eben den Begriff „gegenseitiger Vertrag" und — wie wir unten sehen werden — die Regelung der Frage, welche Verträge unter diesen Begriff fallen.

Aus den bisherigen Feststellungen geht hervor, daß die Bestimmungen des zweiten Titels im zweiten Abschnitt „über gegenseitige Verträge" auf die im siebenten Abschnitt behandelten „einzelnen Schuldverhältnisse" Anwendung finden, soweit es sich dort um gegenseitige Verträge handelt und die allgemeinen Bestimmungen nicht durch solche ausgeschlossen werden, die für einzelne Verträge unmittelbar gegeben sind.

Unsere Aufgabe wird nun sein, im Anschluß an das gemeine Recht zuerst die für gegenseitige Verträge gegebenen besonderen Bestimmungen zu besprechen, sodann zu prüfen, welche Verträge „gegenseitige" im Sinn des Gesetzes sind, insbesondere ob hiezu der Gesellschaftsvertrag gehört.

---

[1]) vgl. Endemann, Bürg. Recht, Bd. I, § 5, II (6. Auflage).

1. Theil.

Gegenseitiger Vertrag (B.G.B. §§ 320 f.).

§ 2.

Allgemeines.

Schon im Pandektenrecht waren besondere Anschauungen über gegenseitige, synallagmatische Verträge bezüglich der Frage vorhanden, welchen Einfluß die gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen von einander habe. Als gegenseitige Verträge wurden stets solche bezeichnet, bei denen nach ihrer Natur für beide Vertragsschließende von einander abhängige Leistungen festgesetzt wurden („ultro citroque obligationem": l. 19 Dig. V. S. 50, 16), wie bei Kauf, Miethe ꝛc. Aus dieser begriffswesentlichen Abhängigkeit der beiderseits festgesetzten Leistungen wurden dann die besonderen Regeln für diese Verträge abgeleitet, Besonderheiten bezüglich der gegenseitigen Erfüllungspflicht (Art der Geltendmachung der einen Verpflichtung bei nicht erfolgter Gegenleistung und Wirkung dieser Geltendmachung), weiter bezüglich der Folgen, die aus der nach Vertragsschluß entstehenden Unmöglichkeit einer Leistung sich ergeben, endlich bezüglich der Folgen des Erfüllungsverzugs.

Da, wie wir unten sehen werden, das B.G.B. hinsichtlich dieser Regeln mit der Ausbildung der Lehre im gemeinen Recht im wesentlichen übereinstimmt, möge gestattet sein, auf die Lehren des gemeinen Rechts im einzelnen erst einzugehen, wenn im folgenden die einzelnen Bestimmungen des B.G.B. über gegenseitige Verträge behandelt werden.

Hier ist nur noch darauf hinzuweisen, daß auch die Konkursordnung in den §§ 17 f. besondere Regeln über die Einwirkung der Konkurseröffnung auf (noch nicht erfüllte) „zweiseitige" Verträge gibt[1]).

§ 3.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

I. Da bei gegenseitigen Verträgen jeder Theil eine Leistung zu machen hat, und zwar jeder als Gegenleistung für die Leistung des andern, erfordert es die Billigkeit, daß derjenige, der vom andern Theil Erfüllung fordert, seinerseits schon erfüllt hat, oder doch erfüllungsbereit ist, es müßten denn besondere Parteiabreden bestehen. Während über diesen Grundgedanken nur Eine Meinung in der gemeinrechtlichen Litteratur war, wurde über die Weiterbildung dieses Gedankens viel geschrieben und viel gestritten, es ist der Streit über die „sog." exceptio non adimpleti contractus. Dieser nicht quellenmäßige Begriff findet sich zuerst

[1]) vgl. unten § 9.

in einer Abhandlung aus dem 16. Jahrhundert (Zanger, tract. de exceptionibus, Viteb. 1586)[1]). Viele der vorhin angedeuteten Streitfragen entstanden wohl nur aus der Vieldeutigkeit dieses an sich unklaren Begriffs, der erst durch nähere Erläuterung und bestimmte Umgrenzung Inhalt und Farbe erhielt. Nicht ganz mit Unrecht sagte Sintenis in einer Abhandlung über die „sog. e. n. a. c."[2])[4]) „Es handelt sich hier um einen erst neuerlich geschaffenen unbestimmten Begriff, der besser nie entstanden wäre." Zur näheren Ausführung und Begründung möge gestattet sein, auf die einzelnen Streitpunkte kurz hinzuweisen, wenn auch in der neueren Entwicklung über manche derselben der Streit verstummt ist:

1. Ist unsere „exceptio" überhaupt eine Einrede, ist sie nicht vielmehr eine Klagleugnung, in dem Sinn, daß der Anspruch jedes Theils nur ein bedingter ist, daß der Inhalt der Leistung durch die Gegenleistung so inficiert wird, daß jeder Kontrahent nicht auf Leistung schlechthin, sondern nur auf Leistung gegen Gegenleistung verpflichtet sei?[3]). Die neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller waren darüber einig, daß die e. n. a. c.[4]) eine wahre Einrede sei, daß jeder Theil bei Leistungsklage des andern ein Gegenrecht habe, seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zurückzuhalten. Auf diesen erledigten Streitpunkt wird hier nicht näher einzugehen sein.

Auch im B.G.B. haben wir es mit einer wahren Einrede zu thun. In § 202 II findet sich die wörtliche Uebersetzung des gemeinrechtlichen Begriffs e. n. a. c.: Einrede des nicht erfüllten Vertrags, und § 320 spricht von dem Recht, auf eine Geltendmachung der Forderung des andern Theils seine Leistung „zu verweigern bis zur Bewirkung der Gegenleistung"; endlich wird in § 322 diese Einrede als solche durch die Worte: „Das dem andern Theil zustehende Recht, ... zu verweigern," gekennzeichnet.

2. Gibt es eine von der e. n. a. c. verschiedene exceptio non rite adimpleti contractus? Hierüber ist der Streit, der von den neueren Schriftstellern des gemeinen Rechts in großer Mehrzahl dahin entschieden wurde, daß es keine besondere e. non rite adimpleti contractus gebe, durch eine ausführliche Abhandlung von André[5]) neu angefacht worden[6]).

3. So wie wir bisher die e. n. a. c. ihrer rechtlichen Natur nach behandelt haben, erscheint zweifellos, daß diese Einrede nur eine aufschiebende, dilatorische, nie eine zerstörende, peremptorische sein kann. Daß es begrifflich nur eine dilatorische Einrede des nicht erfüllten Vertrags geben kann, hiefür Beweis zu erbringen, soll unten versucht werden. Auch dieser Punkt war im gemeinen Recht sehr streitig. Vielleicht wird sich aus unseren Ausführungen ergeben, daß auch hier der Streit nur aus

[1]) Endemann, cit. § 124 [3].
[2]) Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, Bd. XVI, XVII (1842.)
[3]) vergl. über die hierüber entstandene umfangreiche Litteratur den Nachweis bei Windscheid § 321.
[4]) Diese Abkürzung für exceptio non adimpleti contractus möge im weiteren erlaubt sein.
[5]) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (1890).
[6]) Hierüber näheres in § 4.

der oben angedeuteten Unklarheit des Begriffs E. d. n. e. V[7].) entstanden ist.

Wenn der auf Leistung aus gegenseitigem Vertrag Verklagte sich damit vertheidigt, daß er (einredeweise) geltend macht: „Die klägerische Forderung ist gültig entstanden, aber ich brauche nicht zu leisten, wenn Kläger nicht seinerseits erfüllt," so kann damit entweder gesagt sein: „ich verweigere mit Fug und Recht die Leistung, bis du, Kläger, Deinerseits erfüllst," oder „ich bin nicht mehr zu leisten schuldig, weil die Erfüllungspflicht des Klägers durch unverschuldet nachträglich eingetretene Unmöglichkeit der Leistung weggefallen ist." In beiden Fällen handelt es sich um eine Einrede, die ihren Grund in Nichterfüllung des andern Theils hat. Und beide Arten der Vertheidigung wurden vielfach als e. n. a. c. bezeichnet[8]). Wenn sich aber auch aus dem (unklaren) Begriff e. n. a. c. an sich nicht ableiten läßt, daß diese Einrede nur eine dilatorische sein kann, ist es mindestens aus Zweckmäßigkeitsgründen zu verwerfen, daß zwei unter sich so verschiedene Arten der Vertheidigung unter denselben Begriff zusammengenommen werden:

Bei der wahren — dilatorischen — E. d. n. e. V. handelt es sich nur darum, daß der eine Theil Erfüllung nicht verlangen soll, wenn er seinerseits noch nicht geleistet hat, dagegen bei der sog. peremptorischen E. d. n. e. V. handelt es sich um die Fragen, welcher Theil eine nachträgliche Unmöglichkeit der einen Leistung zu leiden hat, und ob, wenn der Kläger die nachträgliche Unmöglichkeit seiner Leistung zu vertreten hat, der Beklagte nur seinerseits frei wird, oder ob ihm weitere Rechte (Schadenersatz) zustehen[9]).

Auch dieser Streitpunkt verschwindet als solcher in der Lehre des B.G.B., hier heißt es deutlich im § 322 „die Geltendmachung des Rechts die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern . . . ." (ebenso § 320).

4. Zweifel bestanden ferner darüber, ob die begründet geltendgemachte E. d. n. e. V. nothwendig zur Klagabweisung zur Zeit führen müsse, ob nicht eine Verurtheilung zur Leistung gegen Gegenleistung denkbar wäre. Letztere Meinung hat sich noch in der neueren gemeinrechtlichen Litteratur Geltung verschafft[10]). Im B.G.B. ist das Urtheil zur Leistung Zug um Zug als regelmäßiger Erfolg der Geltendmachung der E. d. n. e. V. bestimmt[11]). Keine Verurtheilung zur Leistung kann der Kläger auch nicht erwirken, wenn er sich zur Sicherheitsleistung für seine Leistung erbietet (vgl. § 320 Abs. 1, S. 3).

II. Besonderer Besprechung bedarf die Beweislastregulierung bei der E. d. n. e. V. Es gilt der allgemeine Satz: „Einredebehauptungen hat

---

[7]) Dasselbe, wie in Anm. 4. gilt für diese Abkürzung.

[8]) so André, a. a. O., S. 163 f. und Seuff. Arch. Bd. V., nr. 303; Bd. XXXII., nr. 200).

[9]) Im Ergebnisse wie hier: Regelsberger, a. a. O., S. 260; S. A. I, nr. 199; XXI, nr. 222, 223; XXXII, nr. 216; XXXX, nr. 191; XXXXII, nr. 103.

[10]) S. André, a. a. O., S. 129, Dernburg, Pand. II., § 21.

[11]) über hieraus entstehende prozessuale Schwierigkeiten, s. u.

im Bestreitungsfall der Beklagte zu beweisen". Darnach, könnte man schließen, hat bei unserer Einrede der Beklagte, der Nichterfüllung des Klägers behauptet, diese Behauptung zu beweisen. Wie wir nachher nachzuweisen haben werden, liegt aber hier dem Kläger die Beweislast hinsichtlich der Frage, ob er erfüllt hat oder nicht, ob. Dies ist m. E. nicht eine besondere Eigenthümlichkeit der E. d. n. e. V. [12]), sondern der scheinbare Widerspruch entsteht auch hier aus dem an sich unklaren Ausdruck „E. d. n. e. V." :

Klagt ein Theil — bei gegenseitigem Vertrag — auf Leistung, ohne im Klagvortrag anzudeuten, daß es sich um einen solchen handelt, so geht die Vertheidigung des Beklagten dahin: Es handelt sich um einen gegenseitigen Vertrag und hiebei ist Leistung Zug um Zug die Regel, also kann ich nicht ohne weiteres zur Leistung verurtheilt werden. Dies ist in ihre Bestandteile zerlegt die E. d. n. e. V. Gegen diese Vertheidigung behauptet dann der Kläger: Ich gebe zu, daß ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, aber ich habe schon erfüllt (oder du, Beklagter, bist vorleistungspflichtig). hieraus erhellt ohne weiteres, daß vom Beklagten nur der Beweis hiefür verlangt werden kann, daß es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt; hat er dies bewiesen (gewöhnlich wird ein solcher Beweis nicht erforderlich sein, weil aus dem Klagvortrag schon ersichtlich ist, daß ein gegenseitiger Vertrag in Betracht kommt), dann muß der Kläger die Regel, daß bei solchem Vertrag ein Theil die Leistung nicht ohne Berücksichtigung der Gegenleistung verlangen kann, durch den Beweis der Behauptung durchbrechen, daß er seinerseits seine Pflichten aus dem gegenseitigen Vertrag erfüllt habe (oder daß der andere Theil zur Vorleistung verpflichtet sei); über die Beweislast bei der sogen. Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags, s. u. .

III. Wie schon berührt, steht dem Beklagten die E. d. n. e. V. dann nicht zu, wenn er nach besonderer Vertragsbestimmung oder nach der Natur des betreffenden gegenseitigen Vertrags zur Vorleistung verpflichtet ist. Diese Ausnahme wird aber wieder durch eine Ausnahme durchbrochen: Kann in solchem Fall der zur Vorleistung Verpflichtete den Nachweis erbringen, daß nach Vertragsschluß in den Vermögensverhältnissen des andern Theils eine „wesentliche" Verschlechterung (d. h. eine solche, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird) eingetreten ist, dann erreicht er auch hier mit der Geltendmachung der E. d. n. e. V. eine Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug. In diesem Fall jedoch kann der andere Theil sich sein „Recht auf Vorleistung" dadurch erhalten, daß er für die ihm obliegende Leistung genügende Sicherheit leistet; denn mit dieser Sicherheitsleistung hört ja die Gefährdung des Anspruchs auf Gegenleistung auf [13]).

Wir haben bisher vorausgesetzt, daß der Vorleistungspflichtige der Beklagte ist. In zwei Fällen kann aber auch der Vorleistungs-

---

[12]) so Dernburg, Pand., II. § 21.

[13]) vgl. über eine hier entstehende Frage, deren Erörterung uns zu weit führen würde: Planck-André, B.G.B. II zu § 321, III.

pflichtige als Kläger ohne vorherige Bewirkung der Gegenleistung ein verurtheilendes Erkenntniß erlangen:

1. wenn ein Fall des § 321 vorliegt, muß auch ihm gestattet sein, ein Urtheil zur Leistung Zug um Zug herbeizuführen[14]). Allerdings setzt er sich dann einer Klagabweisung aus, wenn der andere Theil sich zu ausreichender Sicherheitsleistung erbietet.

2. wenn der andere Theil in Annahmeverzug ist, erlangt derselbe ein Urtheil auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung, s. hierüber unten nr. V.

IV. Hat bei einem gegenseitigen Vertrag die eine Leistung an mehrere zu erfolgen, so könnte nach allgemeinen Regeln, wenn die Gegenleistung theilbar ist, jeder der mehreren gegen Erbietung eines Theils der Leistung, den ihm gebührenden Theil der Gegenleistung verlangen; aus Billigkeitsrücksichten ordnet das B.G.B. an, daß in allen solchen Fällen jedem Kläger die E. d. n. e. V. entgegenstehen soll, bis die ganze Gegenleistung bewirkt wird, auch wenn der Kläger nur einen Theil der Leistung verlangt (so § 320 Abs. 1 S. 2).

V. Besonderer Besprechung bedürfen noch einige Fragen, die mit der Durchführung eines „Urtheils zur Leistung Zug um Zug" und eines solchen „zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung" zusammenhängen:

1. Ein Urtheil zur Leistung Zug um Zug kennt das B.G.B. außer bei dem gegenseitigen Vertrag noch in der Lehre vom Zurückbehaltungsrecht (§ 274) und bei den Bestimmungen über Rücktritt vom Vertrag (§ 348). Hiefür bestimmt nun § 274 Abs. 2, der Kläger — Gläubiger — könne mit einem solchen Urtheil dann ohne Bewirkung seiner Leistung die Zwangsvollstreckung durchführen, wenn der Beklagte — der Schuldner — im Annahmeverzug sei. Schon in der Geltungszeit der alten Civilprozeßordnung war die allgemeine Meinung (so Gaupp u. a.), daß der § 664 (jetzt 722 Abs. 1) der C.P.O. auf das Urtheil zur Leistung Zug um Zug nicht Anwendung finde[15]), daß also der Gerichtsschreiber auf ein Urtheil zur Leistung Zug um Zug ohne besondere Prüfung nach allgemeiner Regel des § 662 (714 neu) der C.P.O. die Vollstreckungsklausel zu setzen habe. Erst dem Gerichtsvollzieher, bezw. dem Vollstreckungsgericht, liege die Prüfung ob, ob die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung — Erfüllung, bezw. Leistungsbereitschaft des Klägers oder Annahmeverzug — vorliegen. Hierüber finden sich nun in der neuen C.P.O. § 726 II ausdrückliche Bestimmungen (vgl. §§ 756, 765 der C.P.O.). Im Anschluß an § 274 II B.G.B. ist bestimmt:

Aus einem Urtheil zur Leistung Zug um Zug darf das Vollstreckungsgericht, bezw. der Gerichtsvollzieher eine Vollstreckungshandlung nur vornehmen, wenn durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird, daß der Beklagte (Schuldner) seinerseits be-

---

[14]) so auch Dernburg, B.G.B. II. § 94[7].

[15]) vgl. die Begründung eines Entwurfs betr. Aenderungen der C.P.O., Reichstagsvorlage, zu § 664, S. 103.

friedigt ist oder daß derselbe sich im Annahmeverzug befindet (und wenn eine Abschrift dieser Urkunden dem Schuldner rechtzeitig zugestellt wurde). Solchen urkundlichen Nachweises bedarf es nur dann nicht, wenn der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die diesem gebührende Leistung in Annahmeverzug begründender Weise angeboten hat. Diese Bestimmungen enthalten in mehrfacher Hinsicht Härten für den Gläubiger und Schwierigkeiten in ihrer praktischen Durchführung:

a) Wenn schon vor der Verurtheilung ein Annahmeverzug des aus gegenseitigem Vertrag Verklagten vorlag, liegt die Sache dann einfach, wenn man diesen Annahmeverzug als genügend i. S. des § 274 II. B.G.B. ansieht [16]) [17]). Dann ist die zwangsweise Beitreibung für den Gläubiger (Kläger) sehr einfach: Das Urtheil ist die öffentliche Urkunde, mit der er den in §§ 756, 765 C.P.O. erforderten Nachweis erbringen und so Vollstreckung ohne Bewirkung der Gegenleistung erlangen kann. Daß aber diese Ansicht, daß für Anwendung des § 274 II ein vor Urtheilsfällung entstandener Annahmeverzug [17]) genüge, nicht für richtig zu halten ist, wird sich wohl aus unseren folgenden Ausführungen ergeben, hier nur soviel: Wozu würde dann noch ein Urtheil zur Leistung Zug um Zug erlassen, wenn wegen des im Urtheil festgestellten Annahmeverzugs die Leistung o h n e Bewirkung der Gegenleistung im Weg der Zwangsvollstreckung beigetrieben werden könnte?

b) Hält man nun aber einen vor Urtheilsfällung eingetretenen Annahmeverzug nicht für eine genügende Voraussetzung der „einseitigen Vollstreckung" oder war ein Annahmeverzug vor der Urtheilsfällung noch nicht vorhanden, so ergeben sich aus den neuen Bestimmungen der C.P.O. für den Kläger (Gläubiger) die angedeuteten mannigfachen Erschwerungen bei Durchführung der Zwangsvollstreckung und allgemeinen Schwierigkeiten der praktischen Anwendung:

Handelt es sich um eine Vollstreckung durch das Gericht oder ist ein Anbieten der Leistung durch den Gerichtsvollzieher aus irgend einem Grund unthunlich oder unmöglich, dann kann der Gläubiger, wenn er nicht vorleisten will oder wenn bei Annahmeverweigerung des „Schuldners" (i. S. der C.P.O.) eine Vorleistung gar nicht möglich ist, den Annahmeverzug desselben nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen. Wenn also gemäß § 295 B.G.B. ein wörtliches Angebot genügen würde, oder nach § 296 Satz 1 überhaupt kein Angebot erforderlich wäre, dann soll jetzt im Vollstreckungsverfahren der Kläger die ihm beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 295, 96 gebührende günstige Rechtslage verlieren und durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte

[16]) Staub, Kommentar z. Handelsgesetzbuch (1901), Exkurs vor § 373 Anm. 53.

[17]) Die E. d. n. e V. mit der Wirkung des § 322I steht dem Beklagten auch dann noch zu, wenn er sich im Annahmeverzug befindet. Dies muß man bei der allgemeinen Fassung des § 320 annehmen (arg.: „bis zur B e w i r k u n g, nicht nur bis zum gehörigen Angebot, kann . . . . . verweigert werden"). Außerdem sind in §§ 300 ff. die Nachtheile, die infolge Annahmeverzugs für den Gläubiger entstehen, erschöpfend aufgeführt und hiebei findet sich kein Hinweis auf den Verlust der E. d. n. e V. (ähnlich: Schollmeyer, Anm. 1 zu § 320; Cosack, Lehrb. § 106II, 4 a; Staub, a. a. O.).

Urkunden den Annahmeverzug nachweisen. Wie sehr unter Umständen hiedurch die Rechtslage des Gläubigers erschwert wird, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Ueber solche Schwierigkeiten kommt der Kläger auch dann nicht weg, wenn er seinen Leistungsgegenstand nach § 372 hinterlegen kann, auch hier wird er dem Vollstreckungsgericht noch besonders den Annahmeverzug durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen müssen. Ein Nachweis, daß der Gegenstand hinterlegt sei, wird nicht genügen. Denn die Hinterlegungsstelle hat kein Prüfungsrecht, ob die materiellen Voraussetzungen für die Hinterlegung gemäß § 372 — z. B. Annahmeverzug — vorliegen, und wenn sie je ein solches Recht hätte, wäre dies wohl für das Gericht und den Gerichtsvollzieher gar nicht bindend (die gleichen Erwägungen kehren wieder in den Fällen des § 383 B.G.B.).

Eine gewisse Erleichterung für den Kläger ist dann gegeben, wenn der vom Gesetz in § 756 C.P.O. vorgesehene Fall vorliegt, daß der Gerichtsvollzieher die Leistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise anbietet. Aber auch hier bestehen noch viele Schwierigkeiten:

§ 756 verlangt ein Angebot *durch den Gerichtsvollzieher*. Dies wird dahin ausdehnend ausgelegt werden dürfen, daß ein vom Gläubiger (Kläger) vorgenommenes Angebot dieselbe Wirkung haben muß, wenn der Gerichtsvollzieher hiebei anwesend ist. Hier ist ja dem Gerichtsvollzieher dieselbe Prüfung des gehörigen Angebots möglich, wie wenn er selbst anbietet.

Durch die Worte „in Annahmeverzug begründender Weise anbieten" soll wohl angedeutet sein, daß der Gerichtsvollzieher nicht stets thatsächlich die Leistung anbieten muß, sondern daß auch auf ihn die Bestimmungen B.G.B. §§ 295,96 Anwendung finden. Hier entsteht nun Zweifel, ob der Kläger in solchen Fällen dann die Voraussetzungen für wörtliches Angebot (z. B. Erklärung des Gegners, die Leistung nicht anzunehmen) oder die Voraussetzungen des § 296 B.G.B. durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden dem Gerichtsvollzieher nachweisen muß: man muß dies im Sinn und nach dem Zweck des § 756 C.P.O. wohl als sicher annehmen. Soweit der Gerichtsvollzieher die Voraussetzungen des Annahmeverzugs nicht selbst herbeiführen kann, muß er sich formellen Nachweis für deren Vorliegen verschaffen. Also auch hier entstehen ähnliche den Kläger im Vollstreckungsverfahren benachtheiligende Schwierigkeiten, wie im eben besprochenen Fall

Ebenso bedenklich ist auf der andern Seite, daß dem Gerichtsvollzieher die im einzelnen Fall möglicherweise schwierige Rechtsfrage, ob thatsächlich „in Verzug der Annahme begründender Weise" angeboten wurde, zur Prüfung überlassen wird[18]).

c) Noch mehr Schwierigkeiten macht die praktische Durchführung eines Urtheils zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung. Wie soll sich hier der Kläger helfen, wenn der Gegner die Annahme der Gegenleistung beharrlich verweigert? Hier ist ja Annahmeverzug schon noth-

[18]) Vgl. hiezu Staub, a. a. O.

wendige Grundlage des Urtheils selbst. Dennoch verweist auch für diesen Fall § 322 III auf § 284 II B.G.B. Im Entwurf (1. Lesung) des B.G.B. stand in dem dem § 274 II entsprechenden § 365 II: „wenn und solange sich der Beklagte im Annahmeverzug befindet, kann der Kläger ohne „„vorherige und““ gleichzeitige Leistung die Zwangsvollstreckung gegen den Beklagten durchführen." Im Gegensatz hiezu, heißt es jetzt im B.G.B. in § 273 II (323 III) nur: „auf Grund einer solchen Verurtheilung (d. h. doch, wie in 274 I: zur Leistung Zug um Zug) kann der Gläubiger ..... verfolgen". Eine Begründung dieser Fassungsänderung finden wir in den Vorarbeiten des Gesetzes nicht; streng genommen würde § 322 III im Vergleich mit § 274 I und 274 II nur auf 322 I Anwendung finden können. Dennoch muß aus der Fassung des § 322, in welchem Abs. 3 als besonderer Absatz nur auf Abs. 1 und 2 Bezug haben kann, geschlossen werden, daß § 274 II auch für ein Urtheil zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung gelten soll, wenn auch hier Annahmeverzug erst Urtheilsgrundlage schafft. Auch hienach ergiebt sich[19]), daß der Annahmeverzug vor Urteilserlaß in § 274 II nicht gemeint sein kann, denn, wenn auf Grund dieses Annahmeverzugs, der ja im Urtheil des § 322 I nothwendig konstatiert werden muß, ohne weiteres vollstreckt werden könnte, wozu wäre dann ein Urtheil auf „Leistung nach Empfang der Gegenleistung" überhaupt eingeführt?

2. Wenn die Ausführungen zu Z. 1 ergeben haben, daß schon nach dem Wortlaut der Bestimmungen der §§ 322, 274 B.G.B. der in § 274 II gemeinte Annahmeverzug nach Urtheilserlaß herbeigeführt worden sein muß, wird sich ein gleiches Resultat ergeben, wenn man diese Frage aus der Natur der E. d. n. e. V. heraus unmittelbar prüft: Wenn der im Annahmeverzug befindliche Theil, auf Leistung verklagt, die E. d. n. e. V. geltend macht, so stützt er sich damit auf eine aus Billigkeitsrücksichten entsprungene und zugelassene Rechtsvertheidigung, deßhalb muß auch ihm unterstellt werden, daß er mit Geltendmachung der Einrede ankündigen will, er beabsichtige nun die Handlung vorzunehmen, die dem andern Theil ermöglicht, sich seiner Erfüllungspflicht zu entledigen. Das B.G.B. hat nun zwar keine Bestimmungen über „purgatio morae" aufgenommen; nach den deßhalb anzuwendenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird der Annahmeverzug dadurch beendet, daß der im Verzug befindliche Theil sich im Fall des § 294 nachträglich zur Annahme der Leistung bereit erklärt und in §§ 295 f., daß er die seinerseits erforderliche Handlung vornimmt und so zur Erfüllung mitwirkt (des näheren hierauf einzugehen, ist hier nicht der Ort). Nehmen wir nun den Regelfall, daß der aus gegenseitigem Vertrag Verklagte eine Leistung zu fordern hat, die ihm der Kläger an sich thatsächlich anbieten muß, so wird der Annahmeverzug beendet, wenn der Beklagte erklärt: „ich bin nun bereit, deine Leistung anzunehmen" (natürlich nur, wenn er sich gemäß § 298 erbietet, etwaige aus seinem Verzug für den andern nach §§ 300 f. entstandene Ansprüche zu befriedigen). Diese Erklärung liegt nun zwar

[19]) s. oben, S. 11.

an sich noch nicht in der Geltendmachung der E. d. n. e. V.; hier sagt der Beklagte nur: „Es handelt sich um gegenseitigen Vertrag, da brauche ich nicht vorzuleisten" (resp.: „Du hast nicht vorgeleistet, also kannst du nicht reines Leistungsurtheil verlangen § 322 II)." Er stützt sich nur auf die Thatsache, daß er noch nicht befriedigt sei, und diese genügt für den Richter zur Fällung eines der Urtheile des § 322 I, II. Aber weil es allen Billigkeitsrücksichten widerspräche, wenn der Beklagte mit dem Gedanken, auch nach diesem Urtheil die Leistung nicht anzunehmen, durch die Geltendmachung der E. d. n. e. V. ein den Kläger beschränkendes Urtheil (§ 322) erwirken würde, wird ihm unterstellt, daß er sich mit der Geltendmachung der E. d. n. e. V. zur Annahme der ihm geschuldeten Leistung (§ 294), bezw. zur Vornahme der ihm nach §§ 295, 296 obliegenden Handlung bereit erkläre. Deßhalb wird er nicht im Sinn des § 274 II rein zur Leistung verurtheilt, sondern der Kläger muß ihm nach Urtheilserlaß die Leistung seinerseits nochmals (gemäß §§ 294—296) anbieten und hiedurch eventuell neuen Annahmeverzug herbeiführen.

Nur die hier versuchte Auslegung der in Frage kommenden Bestimmungen des Gesetzes ergibt ein befriedigendes Resultat und führt nicht zu einer Kritik der §§ 322, 274, wie sie Wach[20]) beliebt hat. Ebenso bieten auch nur bei unserer Erklärung die Bestimmungen der C.P.O. §§ 726 f. über die Vollstreckung der Urtheile des § 322 ein theoretisch befriedigendes Ergebniß:

Vergleicht man die Fassung der in Betracht kommenden §§ der C.P.O. im 1. (in das Einführungsgesetz zum B G B. bestimmten) Entwurf zur Aenderung der C.P.O., in dem 2., der Denkschrift zum B.G.B. beigegebenen, Entwurf und in der neuen C.P.O. selbst, so findet man, daß in der Frage, ob neben den Bestimmungen über Art der Vollstreckung der Urtheile des § 322 I B.G.B. solche für das Urteil des § 322 II gesondert aufzustellen seien, die Ansichten mehrfach gewechselt haben.

Das (neue) Gesetz selbst erwähnt den § 322 II gar nicht. In der Begründung zu § 726 II (664 II)[21]) heißt es: „§ 664 II treffe den Fall der Vorleistung(spflicht) des Gläubigers nicht, also gelte hier stets der Grundsatz des (§ 726 I) 664 I; zufolge § 322 III des B.G.B. könne aber der Gläubiger in diesem Fall auch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung zur Zwangsvollstreckung dann gelangen, wenn der Schuldner sich „fortdauernd" im Verzug der Annahme befinde; und diese Thatsache werde in der Regel schon auf Grund der in dem Urtheil enthaltenen Feststellungen als nachgewiesen gelten können". Diesen Ausführungen können wir insoweit zustimmen, daß auch wir das Urtheil des § 322 II der strengeren Bestimmung des § 726 I unterwerfen zu müssen glauben, wir können ihnen aber nach unseren obigen Ausführungen im zweiten Punkt, daß ein vor Urtheilserlaß erreichter Annahmeverzug als solcher für ein Urtheil nach § 322 II jemals genüge, um einseitige Vollstreckung (§ 274 II B.G.B.) herbeiführen zu können, nicht zustimmen:

---

[20]) Vorträge zur C.P.O., S. 329 f.
[21]) S. 103 der Reichstagsvorlage (Guttentag'sche Ausgabe).

Abweichend von der jetzigen gesetzlichen Regelung, wollte der 1. Entwurf der Aenderung der C.P.O. das Urtheil zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung gleich behandeln, wie das zur Erfüllung Zug um Zug, was die Ertheilung der Vollstreckungsklausel anlangt; verschieden, was die Vollstreckung selbst betrifft (vgl. 1. Entwurf E.G. Art. 11 §§ 664 II einerseits, 676a, 684 II andererseits). In den Motiven hiezu heißt es: „Wenn der Gläubiger auf Grund des Beweises, daß der Beklagte im Annahmeverzug sei, gemäß § 664 I eine Vollstreckungsklausel erlangen wolle (nach seiner Wahl sollte er auch ohne solchen Beweis eine Vollstreckungsklausel erwirken können!), so könne er diesen Nachweis durch Vorlegung des Urtheils erbringen." Und zu § 676a: „Da im Fall des § 365 II Satz 2 (jetzt 322 II B.G.B.) schon die Verurtheilung Annahmeverzug des Beklagten voraussetze, könne der Gerichtsvollzieher (nach 322 III) die Zwangsvollstreckung beginnen, ohne dem Schuldner die demselben gebührende Leistung von neuem anbieten zu müssen."

Dies sind doch offenbare Unrichtigkeiten!

1. Bei einem Urtheil zur Leistung Zug um Zug muß, (nach damals vorgeschlagener Fassung und nach dem Gesetz selbst) der Gerichtsvollzieher entweder selbst die Leistung des Klägers gehörig anbieten oder strengen Nachweis des eingetretenen Annahmeverzugs (jedenfalls, soweit dieser — was die überwiegende Regel sein wird — erst nach Urtheilserlaß eingetreten ist) verlangen und hier bei dem Urtheil des § 322 II B.G.B. soll der im Urtheil liegende Nachweis genügen, während doch der Beklagte nach Urtheilserlaß jeden Augenblick purgatio morae herbeiführen und dadurch die Grundlage für § 322 II B.G.B. beseitigen kann.

2. § 726 I B.G.B. (wie 664 I) sprechen von Urtheilen, bei denen die Vollstreckung von dem Eintritt einer vom Gläubiger zu beweisenden Thatsache abhängig ist; als solche Thatsache kann doch nicht ein vor Urtheilserlaß eingetretener Annahmeverzug in Betracht kommen!

Als zweifellos wird man annehmen dürfen, daß die Urtheile des § 322 II B.G.B. unter den § 726 I der C.P.O. fallen. Die Thatsache, deren Eintritt der Gläubiger dem Vorsitzenden (§ 730 C.P.O.) vor Ertheilung der Vollstreckungsklausel nachzuweisen hat, ist eben entweder Erfüllung des Gläubigers oder neuerdings, nach Urtheilserlaß, eingetretener Annahmeverzug des Schuldners. So lösen sich auch hier die von Wach a. a. O. getadelten Schwierigkeiten m. E. nur im Sinne unserer Auslegung befriedigend auf und erscheint die Regelung des Gesetzes eine einheitliche[22]).

§ 4.

Die sog. Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags.

Die Frage, ob es neben der e. n. a. c. noch eine besondere exceptio non rite adimpleti contractus gebe, wurde im gemeinen Recht

[22]) Die Vorwürfe Wach's wenden sich allerdings zunächst gegen den hier widerspruchsvollen 1. Entwurf, treffen aber zum Theil mittelbar auch das Gesetz selbst, und durch unsere Auslegung sind die das Gesetz selbst treffenden Vorwürfe Wachs m. E. als widerlegt zu betrachten.

von Windscheid[1]), von W. A. Puchta[2]) und andern in Uebereinstimmung mit der überwiegenden Praxis[3]) stets verneint und zwar mit der Begründung: eine nicht gehörige Leistung („Erfüllung"), sei eben keine Erfüllung, man verwechsle hier die Begriffe „Leistung" und „Erfüllung". Einen ernsten Gegner erhielt diese Ansicht in neuerer Zeit erst wieder in André, der in seiner mehrfach citierten Schrift über die E. d. n. e. V. das Bestehen einer besonderen Regeln unterworfenen e. n. rite a. c. behauptet; diesem schloß sich dann, — wie er selbst sagt — Dernburg[4]) an. Das B.G.B. hat diese Frage nicht ausdrücklich entschieden, steht aber — wie wir unten sehen werden — auf einem Standpunkt, daß eine E. d. n. gehörig e. V. als besonderer Begriff nicht aufgestellt werden kann. Zunächst gilt für das gemeine Recht folgendes:

Auch hier ist es m. E. vor allem dem an sich unklaren Ausdruck E. d. n. e. V. zuzuschreiben, daß ein solcher Streit entstand; man hat — wie Dernburg selbst sagt — unter der e. n. rite a. c: in der Praxis sehr verschiedenes zusammengefaßt (Schon daraus geht hervor, daß man die e. n. a. c. eben auch hier enger fassen muß, weil es nicht zweckmäßig ist, Verschiedenartiges unter einen Begriff zusammenzufassen): Faßt man nun den Begriff der sog. e. n. rite a. c. ganz allgemein, so fallen darunter folgende unter sich verschiedenen Voraussetzungen und verschiedenen Regeln unterworfene Rechtsvertheidigungen:

1. Der Beklagte macht geltend, die Leistung des Klägers war quantitativ ungenügend, ich brauche erst zu leisten, wenn Kläger seine ganze Leistung macht.

2. Der Beklagte wendet ein, die Leistung des Klägers war mangelhaft (hiezu gehört eventuell auch ein Quantitätsmangel, z. B. die gelieferten Bauhölzer waren zu kurz) deshalb verlange ich entweder

a. Auflösung des Vertrags (Wandelung) oder
b. Kürzung meiner Leistung (Minderung) oder
c. wenn es sich um eine Genusobligation handelt, Lieferung einer mangelfreien Sache,

(bezw. in allen drei Fällen (a—c) Schadensersatz).

3. Der Beklagte macht geltend, Kläger hat theilweise geleistet, alles zu leisten, ist ihm unmöglich geworden, deshalb verlange ich Auflösung des Vertrags, bezw. Minderung, bezw. Schadensersatz.

In allen diesen Fällen leitet der Beklagte Rechte daraus ab, daß der Kläger nicht alles, was ihm oblag, geleistet hat, daß er — kann man sagen — nicht gehörig erfüllt hat, und alle diese Fälle faßt Dernburg unter dem Begriff e. n. rite a. c. zusammen. Dies kann entschieden nicht für richtig und zweckmäßig erkannt werden.

Nach der von uns in § 3 aufgestellten Umgrenzung des Begriffs e. n. a. c. können von den vorher aufgeführten Fällen hier nur die in Betracht kommen, in denen sich der Beklagte damit vertheidigt, daß er

[1]) § 321, Anm. 5.
[2]) Jahrb. für d. gemeine Recht., Bd. V.
[3]) s. Citate bei Windscheid, a. a. O.
[4]) in der 3. Auflage seiner Pandekten, § 21[8].

sagt: Ich erkenne an sich meine Leistungspflicht voll an und bin auch bereit, vollständig zu leisten, aber erst dann, wenn du, Kläger, deinerseits das Deine vollständig erfüllt hast, wenn du entweder bei Quantitätsmangel (nr. 1 d.) den fehlenden Theil nachlieferst oder bei qualitativ mangelhafter Genusobligation mangelfreie Leistung gewährst (nr. 2 c). Alle andern oben aufgeführten Fälle stehen auf besonderem Boden[5]). Schon damit fällt das Bedürfniß weg, eine besondere E. d. n. gehörig e. V. aufzustellen. In den Fällen (nr. 1 und 2 c), wie in den Fällen, in denen der Kläger überhaupt noch nichts geleistet hat, geht die Vertheidigung dahin, daß die ganze Leistung verweigert werde, bis die Gegenleistung „erfüllt" d. h. vollständig geleistet werde. Vergleichen wir nun hiezu André, a. a. O. so heißt es dort wörtlich: „Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags hat ganz den Charakter und die Wirkung der E. d. n. e. V., sie unterscheidet sich von der letzteren nur in dem wesentlichen Moment, daß die Beweislast umgedreht ist." Hiegegen weist mit Recht Hergenhahn in einer Besprechung der Schrift André's[6]) darauf hin, daß die Frage der Bedeutung der Beweislast für unsere Lehre erheblich vermindert sei durch die Grundsätze der C.P.O. in §§ 286 und 475, wonach ein Prozeß nicht mehr vorwiegend nach gesetzlichen Beweisregeln, sondern nach den Regeln des Lebens auf Grund der Ergebnisse des ganzen Verfahrens zu entscheiden sei. — Wir möchten noch weiter gehen und sagen: die Frage der Beweislast regelt sich hier stets nach allgemeinen Grundsätzen, nach solchen ist allerdings die Regel — wie unten noch näher auszuführen sein wird, — daß, wenn der Beklagte die E. d. n. e. V. in einem Zeitpunkt geltend macht, in welchem schon vom Kläger theilweise erfüllt ist, die Beweislast hinsichtlich dieser Erfüllung des Klägers sich umkehrt; aber in vielen Fällen tritt diese Umkehrung trotz theilweise vom Kläger geschehener Leistung nicht ein. Es kann deshalb auf diesen einzigen, nicht einmal durchgreifenden Unterschied eine *besondere* Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags nicht gegründet werden.

Wie oben schon ausgeführt, gilt für die E. d. n. e. V. die Regel, daß der Kläger im Bestreitungsfall zu beweisen hat, daß er schon erfüllt habe, oder daß der Beklagte zur Vorleistung verpflichtet sei. Geht nun daraus, daß der Beklagte die sog. E. d. n. gehörig e. V. geltend macht, hervor, daß der Kläger schon eine Leistung gemacht hat, so gilt nach allgemeinen Regeln des Beweisrechts (auch für die Zeit des gemeinen Rechts) der Satz, daß sich die Beweislast umkehrt, wenn der Beklagte die Leistung *als Erfüllung* angenommen hatte[7]). Auch hier ist an sich der Kläger für die Frage, ob *er* erfüllt hat, beweispflichtig; dieser Pflicht ist aber genügt, wenn er beweist (oder wenn aus dem Einredevorbringen sich ergibt), daß der Beklagte eine Leistung des Klägers als Erfüllung angenommen hat. Schon aus diesen Sätzen ist ersichtlich,

---

[5]) vgl. Vangerow, Pand. III. S. 303 f. (1863).
[6]) in „Busch, Zeitschr. für dschen. Civilprozeß", Bd. XVI. S. 556.
[7]) vgl. Dernburg, a. a. O. S. 60.

daß diese Beweislastumkehrung nicht in allen Fällen der sog. E. d. n. gehörig e. V. eintritt (vgl. oben S. 16 nr. 1, 2 c). So kann natürlich diese præsumptio facti (der gehörigen Erfüllung) nicht für den Kläger wirken, wenn der Beklagte eine Leistung desselben nur mit Vorbehalt angenommen hat. Diese zwei obersten Regeln, die hier über die Beweislast, als gemeinrechtlich geltend angeführt wurden, werden je nach Lage des einzelnen Falles wieder durch viele Ausnahmen durchbrochen (so z. B. wenn nach Probe verkauft war und die Probe bei dem Aufbewahrungspflichtigen mit oder ohne dessen Schuld zu Grunde geht). Des näheren kann hierauf hier nicht eingegangen werden. Die hervorgehobenen Punkte werden für den Nachweis genügen, daß auf Beweislastunterschieden eine besondere E. d. n. gehörig e. V. nicht aufgebaut werden kann[8]).

Das B.G.B. nimmt — wie schon angedeutet — zu dieser Frage direkt nicht Stellung. Es steht aber auch hier m. E. auf dem vor uns als gemeinrechtlich herrschend dargestellten Standpunkt:

Eine ausdrückliche Stellungnahme könnte man vielleicht doch in § 202 II sehen, der nur von „der Einrede des nicht erfüllten Vertrags" spricht. Doch möchten wir auf diesen Wortlaut ein besonderes Gewicht nicht legen, zumal der entsprechende § 162 II des 1. Entwurfs auch nur von der E. d. n. e. V. sprach, während § 367 eine besondere E. d. n. gehörig e. V. aufstellte[9]). Indirekt ist der Standpunkt des B.G.B. in § 320 I ausgedrückt: „Der Beklagte kann die Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt ist." Bewirkt ist die Gegenleistung aber erst dann, wenn der Kläger quantitativ und qualitativ vollständig erfüllt hat. Solange also der Beklagte noch „Mängel" oder quantitativ unvollständige Leistung geltend machen kann, hat er die E. d. n. e. V.; natürlich soweit eine solche nach unserer Definition derselben noch in Frage kommt (also bei Qualitätsmängeln nur, wenn er Lieferung mangelfreier Sachen verlangen kann, oder wenn er sich mit Ausbesserung zufrieden giebt[10]). Und diese hat er auch in der Regel noch, wenn er die Leistung schon als Erfüllung angenommen hatte (vgl. theilweise anders § 367 des 1. Entwurfs); es sei denn, daß nach andern besonderen Regeln im einzelnen Falle der Kläger ohne weiteres frei wird, wenn seine Leistung als Erfüllung angenommen wurde (vgl. z. B. § 464). Alle diese Sätze finden auch in § 320 II ihre Bestätigung:

„Ist von einer Seite, „theilweise" geleistet worden, so kann ...." daraus geht hervor, daß an sich auch bei theilweise erfolgter Leistung des Klägers die E. d. n. e. V. noch weiter für den Beklagten wirksam ist. Er soll sie nur dann verlieren, wenn der „Mangel" der Leistung des Klägers nach den Umständen, nach den Werthverhältnissen der beiderseitigen Leistungen, derart geringfügig ist, daß es Chikane wäre, wenn Beklagter hiedurch seine Leistung noch hinauszögern wollte. Was bedeutet nun das „theilweise geleistet"? Bezieht sich dies nur auf quanti-

[8]) vgl. ähnlich R.G., Bd. IV. S. 198.
[9]) vgl. Motive, S. 204.
[10]) vgl. Protokolle I, S. 637.

tative Fehler oder auch auf qualitative? Hierüber ist schon Streit entstanden. Der Wortlaut könnte zwar darauf hinführen, nur Quantitätsmängel als unter § 320 II fallend anzunehmen, aber er zwingt keineswegs zu dieser Auslegung. Wenn § 320 II auch auf den Fall eines Qualitätsmangels — natürlich nur, wo ein solcher zur Geltendmachung der E. d. n. e. V. führt — seinem Wortlaut nach paßt, so ist diese Auslegung vorzuziehen, denn der Grundgedanke der Abwehr der Chikane ist für beide Fälle derselbe[11]). Wann die Voraussetzungen des § 320 II vorliegen, kann im einzelnen hier nicht geprüft werden, dies würde zu weit führen.

Ist nun aber der noch nicht geleistete Theil der Leistung ein im Sinne des Gesetzes „erheblicher," so bleibt dem Beklagten — wie schon angedeutet — die E. d. n. e. V. und nichts deutet bei der Fassung des § 320 darauf hin, daß für die Fälle, in denen Kläger noch nichts und für die, in denen er einen Theil geleistet hat, verschiedene Regeln gelten sollen. Für diesen Standpunkt spricht auch der Umstand, daß das B.G.B. die hier in Betracht kommende Beweislastfrage nicht im Abschnitt „gegenseitiger Vertrag", sondern im Abschnitt über Erfüllung (in § 363) behandelt, und hiebei keinerlei besondere Bestimmungen gerade für gegenseitige Verträge enthält. Auch hieraus geht hervor: die Frage, ob sich durch eine theilweise Leistung des einen Theils beim gegenseitigen Vertrag die Beweislast bei Anwendung der E. d. n. e. V. umkehrt, richtet sich nach allgemeinen Beweisregeln und hängt nicht zusammen mit dem Bestehen einer besonderen Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags[12]).

§ 5.

Folgen der nach Vertragsabschluß eintretenden Unmöglichkeit der Leistung des einen Theils.

Wie sich schon aus der Ueberschrift ergibt, soll hier nur von der nachträglichen Unmöglichkeit die Rede sein, denn nur für diese hat das Gesetz besondere Bestimmungen für gegenseitige Verträge.

In den allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. über „Verpflichtung zur Leistung" (§§ 241 f.) ist in § 275 I gesagt, daß der Schuldner einer Leistung frei von jeder Verpflichtung wird, wenn die Leistung durch einen Umstand unmöglich wird, den er nicht zu vertreten hat. Der im Abs. 1 nur in Betracht gezogenen „objektiven Unmöglichkeit" (d. h. dem Fall, daß niemand die betreffende Leistung mehr machen kann, sei es, daß sie an sich von jedem gemacht werden konnte, oder daß sie ihrer Natur nach nur an die Person des betreffenden Schuldners geknüpft war), soll nun

[11]) Aehnlich Planck-André, nr. 4 zu § 320.

[12]) Eben weil nun § 363 keine Besonderheiten für den gegenseitigen Vertrag enthält, ist hier nicht der Ort, auf seinen Inhalt des Näheren einzugehen.

nach § 275 II der Fall des Unvermögens des Schuldners zur Leistung, der subjektiven Unmöglichkeit (d. h. der Fall, daß eine „vertretbare" Leistung dem Schuldner zu leisten unmöglich wird) gleichgestellt sein.') Welchen Einfluß nun eine solche Unmöglichkeit auf die Gegenleistung beim gegenseitigen Vertrag hat, hierüber bestimmen die §§ 323 f. . . Diese §§ gehen nicht ausdrücklich auf die Unterscheidung des Gesetzes zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit ein, es heißt nur: „Wird die Leistung unmöglich . . , . ." Hieraus wurde schon abgeleitet, daß in §§ 323 f. nur der Fall der objektiven Unmöglichkeit behandelt sei[2]). Nun wird aber hier nur der Einfluß der Unmöglichkeit auf die Gegenleistung behandelt und hiefür kommt nur mittelbar die Frage in Betracht, welche Wirkung die eintretende Unmöglichkeit auf die Verpflichtung des Schuldners dieser Leistung ausübt; und nur für diese letztere Frage ist unmittelbar die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Unmöglichkeit von Bedeutung (§§ 275, 279). Die §§ 323 f. müssen demgemäß für alle Fälle gelten, in denen die Leistung dem Leistungspflichtigen (ob auch andern, kommt nur event. für die Vorfrage der Vertretbarkeit in Betracht) unmöglich wird; hiezu stimmt auch die Vergleichung des § 323 mit dem entsprechenden Wortlaut des § 280, und dieser trifft (im Hinblick auf § 275 muß dies gesagt werden) zweifellos neben der objektiven, auch die subjektive Unmöglichkeit.

Im einzelnen gilt nun folgendes:

I. Was man im (römischen) gemeinen Recht mit dem Princip der Gefahrtragung (es sei nur auf das Schlagwort „periculum est emptoris" hingewiesen) bezeichnete, d. h. die Frage, wer eine durch Zufall nachträglich eintretende Unmöglichkeit einer Leistung beim gegenseitigen Vertrag zu leiden habe, entscheidet das B.G.B. für alle gegenseitigen Verträge einheitlich dahin, daß der Gläubiger der durch Zufall unmöglich gewordenen Leistung seinerseits von der Leistungspflicht frei wird, (des Näheren unten). Das Wort Zufall wurde hier als kurzer Ausdruck gewählt für die Bezeichnung des Gesetzes: „ein Umstand, den weder der eine noch der andere Theil zu vertreten hat". Schon hieraus geht hervor einerseits, daß der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung nur das Recht hat, seine Leistung zu verweigern, daß er eventuell auch andere Rechte geltend machen kann (sonst würde ja gesagt werden müssen, der Vertrag wird hinfällig durch diese Unmöglichkeit), andererseits, daß die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit dann andere sind, wenn entweder der Schuldner oder der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung diese Unmöglichkeit zu vertreten hat.

Die Antwort auf die Frage, welche Umstände der Schuldner einer Leistung zu vertreten hat, geben die allgemeinen Regeln im 1. Abschnitt des Rechts der Schuldverhältnisse, hierauf kann hier nicht näher einge-

---

[1]) vertretbare Leistung hier in dem Sinn, daß dieselbe nicht an die Person des Schuldners geknüpft ist; vgl. auch § 279, des näheren kann hier darauf nicht eingegangen werden, insbesondere nicht auf die etwas unklare Fassung dieses §: denn auch bei andern als Gattungsschulden gibt es Fälle, in denen der Schuldner sein Unvermögen zur Leistung ohne „Verschulden" zu vertreten hat.

[2]) vgl. Kuhlenbeck, B.G.B., (Ausgabe für den Anwaltsverein) § 323 Anm. 1.

gangen werden (vgl. § 276 ff.). Es mag nur kurz geprüft werden, welche Umstände der Gläubiger der einen Leistung im gegenseitigen Vertrag dem andern Theil gegenüber zu vertreten hat:

Aus Vertragsregeln können hiefür (außer den §§ 157, 242 B.G.B.) allgemeine Bestimmungen nicht entnommen werden, an sich ist der Gläubiger dem Schuldner gegenüber nicht einmal zur Annahme der Leistung verpflichtet. Eine allgemeine Vertretungspflicht läßt sich demnach nur aus den Lehren von den unerlaubten Handlungen entnehmen (§§ 823 f.) Daneben bestehen nun allerdings bei einzelnen gegenseitigen Verträgen Spezialbestimmungen für Vertragspflichten des jeweiligen Gläubigers der einen Leistung, so die Abnahmepflicht des Käufers (§ 433 II), vgl. ferner §§ 615, 617 f., 640, u. a.[3]).

II. Wird nun die eine Leistung „durch Zufall" unmöglich, so steht es bei dem Gläubiger dieser Leistung, zu entscheiden, ob dadurch, daß er sein Recht, die Gegenleistung nun seinerseits zu verweigern, geltend macht, der Vertrag thatsächlich aufgehoben werden soll, oder ob er seinerseits bei dem Vertrag stehen bleiben will. Letzterenfalls kann er verlangen, was der andere Theil als Ersatz für die unmöglich gewordene Leistung erlangt hat, bezw. kann er sich den Ersatzanspruch desselben abtreten lassen (vgl. § 323 II, § 281). Er bleibt dann seinerseits zur Leistung verpflichtet, kann jedoch seine Leistung verhältnißmäßig kürzen, wenn der Ersatz bezw. Ersatzanspruch einen geringeren Werth als die ursprüngliche Leistung des Vertragsgegners hat. Die hiebei etwa nothwendige Berechnung soll nach den Regeln der Minderung beim Kauf (§§ 472, 473) angestellt werden.

Welches von beiden Rechten, Leistungsverweigerung oder Forderung des Ersatzes (323 II) der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung wählen will, steht ihm — wie angedeutet — vollkommen frei, es ist ihm zur Ausübung des Wahlrechts auch weder eine Ausschlußfrist gesetzlich gestellt, noch kann der Vertragsgegner eine solche in Lauf setzen. Dieser kann eine Entscheidung nur dadurch herbeiführen, daß er seinerseits auf Erfüllung klagt, oder aber — wenn der Gegner, abgesehen von dem Recht aus § 323 II, sich noch andere Rechte aus dem Vertrag anmaßt — negative Feststellungsklage dahin erhebt, daß alle Ansprüche des andern Theils gemäß § 323 I Satz 1 erloschen seien (über die Beweislast im Prozeß, s. unten).

Bemerkt werden mag noch, daß das Recht des einen Vertragstheils aus 323 II eine unmittelbare Rechtsfolge aus der allgemeinen Natur des ganzen Rechtsverhältnisses beim gegenseitigen Vertrag ist, und nicht ein besonderer Anspruch, wie z. B. der Minderungsanspruch des Käufers; deßhalb kann auch hier von einer besonderen Verjährung keine Rede sein[4]).

Das Recht „seine Leistung zu verweigern", hat der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung auch dann noch, wenn er schon ganz oder theilweise thatsächlich geleistet hat. Er kann in diesem Fall das schon

[3]) vgl. Planck-André zu § 324.
[4]) vergl. die Motive S. 207.

Geleistete nach den Regeln über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung wieder zurückverlangen (auch dies, wie das Fehlen eines direkten Zwangs zur Erklärung über die Ausübung des Rechts der Verweigerung der Leistung, bildet einen Gegensatz zum vertragsmäßigen Rücktrittsrecht, vgl. §§ 346 f., 355).

Wird die Leistung des einen Vertragstheils nur zum Theil (durch Zufall) unmöglich, so ist dem andern Theil kein Rücktrittsrecht gewährt; beide oben angeführten Rechte stehen ihm nur für einen entsprechenden Theil der Leistung zu: Er kann entweder seine Leistung entsprechend dem unmöglich gewordenen Theil der Gegenleistung kürzen, oder aber, er kann auch hier für diesen Theil den Ersatz, bezw. Ersatzanspruch verlangen, bleibt dann aber entsprechend dem Mehr, das er hiedurch erhält, seinerseits zur Leistung verpflichtet (ebenfalls unter analoger Anwendung der §§ 472, 473). Bei den Berathungen des Gesetzes[5]) war vorgeschlagen worden, dem Gläubiger in diesem Fall ein Rücktrittsrecht dann zu gewähren, wenn der noch mögliche Theil der Leistung für ihn kein Interesse habe; denn durch den Eintritt der theilweisen Unmöglichkeit werde der im Wesen des gegenseitigen Vertrags liegende Zweck mindestens theilweise vereitelt, die Leistung werde durch eine theilweise Unmöglichkeit etwas wesentlich Anderes, was dem Gläubiger nicht aufgedrängt werden dürfe, u. s. w.

Mit Recht wurde dieser Antrag abgelehnt, weil er einseitigen Nachdruck auf die durch die theilweise Unmöglichkeit bedingte Modifikation des Gläubigerrechts lege u. a. (vergl. die Prot.). Im übrigen verliert der ganze Antrag an Bedeutung, wenn man in Betracht zieht, einmal, daß bei verhältnißmäßig wenig Leistungen eine theilweise Unmöglichkeit im Sinne des § 323 I, 2. Halbsatz überhaupt denkbar ist — bei den meisten Leistungen wird eben ein „theilweises" Unmöglichwerden den Inhalt der Leistung im Ganzen afficieren —, zum andern, daß bei wirklich theilbaren Leistungen (im Sinn unserer Frage) große Nachtheile kaum entstehen werden, wenn der eine Theil hier (zum Theil) an den Vertrag gebunden bleibt. Auch wird man[6]) sagen dürfen: wenn man die Interessen beider Theile nach Billigkeit abwägt, ist es gerecht, einerseits den Schuldner der Leistung insoweit die Gefahr tragen zu lassen, daß man ihm den Anspruch auf die Gegenleistung nimmt, soweit die Leistung unmöglich wurde; andererseits ihm aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung soweit zu belassen, als er noch erfüllen kann und erfüllt. Hierauf erwirbt er durch Eingehen des gegenseitigen Vertrags ein festes Recht und dies soll ihm ohne sein „Verschulden" (=Vertreten müssen des die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstands) nicht genommen werden, solange er noch erfüllen kann. (vgl. über Beweislastfragen hiezu unten, nr. V., und das nähere über den Fall der theilweisen Unmöglichkeit einer Leistung bei Untheilbarkeit der Gegenleistung unter S. 36 f.). —

Von der Regel, daß der Schuldner der einen Leistung seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliert, wenn seine Leistung nachträglich

---

[5]) vgl. Prot. S. 643. f.

[6]) mit der Mehrheit der Kommission (s Prot. S. 647).

durch Zufall unmöglich wird, giebt es — entsprechend den Regeln des gemeinen Rechts — eine Ausnahme:

Wenn der Gläubiger der einen Leistung in Annahmeverzug ist, behält der andere Theil bei nachträglich durch Zufall eintretender Unmöglichkeit seiner Leistung seinen Anspruch auf die ihm geschuldete Leistung; m. a. W. die Gefahr geht mit eintretendem Annahmeverzug auf den Gläubiger über. Dies ist für Gattungsschulden m. E. überflüssigerweise auch in § 300 II angeordnet: Eine Gattungsschuld verwandelt sich damit in eine Speziesschuld, d. h. das Schuldverhältniß koncentriert (konkretisiert) sich damit, daß der Schuldner „das zur Leistung der Sache seinerseits Erforderliche gethan hat", so § 243 II. Hat nun der Schuldner der einen Leistung des gegenseitigen Vertrags in solchem Fall das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan und weigert sich der Gläubiger derselben trotzdem, diese anzunehmen, so geht die Gefahr dieser konkreten Leistung nach §§ 243 II, 324 II auf den Gläubiger über; eine ausdrückliche Sonderbestimmung in § 300 II ist überflüssig und führt unter Umständen nur zu Mißverständnissen[7]).

Wann nun bei dem gegenseitigen Vertrag Annahmeverzug eintritt, ergiebt sich aus den allgemeinen Regeln über Annahmeverzug des Gläubigers (§§ 293 f.); hervorzuheben ist hier nur die Bestimmung des § 298. Wenn bei gegenseitigem Vertrag der eine Theil seine Leistung gehörig (d. h. in [gegebenenfalls] Annahmeverzug begründender Weise) anbietet, kommt der andere Theil, auch wenn er zur Annahme derselben bereit ist, dann in Annahmeverzug, wenn er nicht zugleich seine Leistung „anbietet." Aus diesem Wortlaut geht hervor, daß er — im Sinne der Gegenseitigkeit der Verpflichtungen — wenn ihm angeboten wird, von sich aus selbst seinerseits anbieten muß; bloße Passivität hinsichtlich dieser Gegenleistung genügt, um ihn in Annahmeverzug zu setzen[8]).

III. Wird die Leistung des einen Theils unmöglich, durch einen Umstand, den der Gläubiger derselben zu vertreten hat (vgl. oben S. 21), so behält er seinen Anspruch auf die Gegenleistung, während er seinerseits natürlich frei wird, denn diese „Verantwortlichkeit" des Gläubigers stellt sich für ihn als „Zufall" dar. Weitere Rechte als auf Leistung hat der Schuldner der auf solche Weise unmöglich gewordenen Leistung natürlich dann, wenn der andere Theil durch eine „unerlaubte Handlung" (§§ 823 f.) die Unmöglichkeit herbeigeführt hat. Andererseits kann der Berechtigte dann seine Gegenleistung nicht voll verlangen, wenn

1) er durch Unterbleiben seiner Leistung besondere Aufwendungen sich erspart hat. Solche waren natürlich bei Bestimmung der Höhe der Gegenleistung beim Vertragsabschluß in Betracht gezogen worden und, es wäre unbillig, wenn (abgesehen vom Eingreifen der §§ 823 f.) der eine Theil außer der Befreiung von seiner Leistung noch besondere zu seinen Leistungen nicht im Verhältniß stehende Ansprüche geltend machen dürfte;

---

[7]) vgl. Prot., S. 331 und Motive, S. 74; näheres Eingehen hierauf würde hier zu weit führen.

[8]) vgl. Mot. S. 73.

2. durch das Unmöglichwerden seiner Leistung seine Arbeitskraft frei wurde, und er dieselbe anderweit „verwerthen konnte". Dies ist näher auszuführen: An sich gilt durch die hier in Betracht kommende Unmöglichkeit die Leistung des Schuldners als erfüllt, dieser hat deshalb auch keinerlei Verpflichtung, sich besonders um eine andere Verwerthung seiner Arbeitskraft zu bemühen. Aber aus denselben Billigkeitserwägungen, wie zu Z. 1, kam schon das gemeine Recht[9]) und nun auch das B.G.B. § 324 I zu dem Satz, daß einmal der Berechtigte sich einrechnen lassen muß, was er thatsächlich infolge jener Befreiung anderweitig durch Verwerthung seiner Arbeitskraft erwirbt, — denn diesen Erwerb hätte er ja bei thatsächlicher Erfüllung seiner Vertragspflicht gar nicht machen können, — daß er aber andererseits sich die ihm zukommende Gegenleistung entsprechend kürzen lassen muß, wenn er böswillig, d. h. in der Absicht, die hier für ihn entstandenen Vortheile gegen Treu und Glauben zum Nachtheil des andern Theils auszunützen, eine Gelegenheit, seine Arbeitskraft anderweitig zu verwerthen, unbenutzt läßt[10]). Also: er braucht keinerlei besondere Anstrengungen zu machen, seine Arbeitskraft anderweit zu verwerthen, er braucht auch nicht jede ihm vielleicht aus bestimmten Gründen nicht zusagende Gelegenheit hiezu anzunehmen, aber er soll auch nicht darüber hinaus aus dieser Rechtslage einen unbilligen Vortheil ziehen und es sich auf Kosten des andern Theils in böswilliger Absicht wohl sein lassen.

IV. Wird endlich die Leistung des einen Theils durch einen Umstand unmöglich, den er selbst zu vertreten hat, so verliert er seinerseits natürlich das Recht, die Gegenleistung zu beanspruchen. Dagegen stehen dem andern Theil folgende Rechte zur Wahl:

1. Da sich der Umstand, der hier die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, für ihn als „Zufall" darstellt, muß er einmal mindestens diejenigen Rechte haben, welche ihm zustehen, wenn die Leistung für beide Theile durch Zufall unmöglich wurde; dies sind die Rechte des § 323[11]); hatte er schon theilweise geleistet, so kann er in diesem Fall das Geleistete nur nach den Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen (so nach §§ 325 I S. 3, 323 III). Es liegt in der Geltendmachung dieses Rechts nicht ein Rücktritt vom Vertrag, so daß dieser hiedurch rückwärts (ex tunc) hinfällig würde, sondern der Berechtigte konstatiert nur: wenn die Verpflichtung des Gegners ohne meine „Schuld" erlischt, brauche ich auch nicht mehr zu leisten (über die weiteren Folgen hieraus, s. unten).

2. Er hat das Recht des Rücktritts vom Vertrag, hier ist er aber dann nach den Regeln über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht durch Anordnung des Gesetzes (§ 327 Satz 2) berechtigt und verpflichtet: Einerseits kann er das von ihm schon Geleistete (nicht nach den ungünstigeren Bereicherungsgrundsätzen, sondern), so, wie es gegeben wurde, zurückfordern

---

[9]) vgl. R. G. E., Bd. III, S. 182.
[10]) vgl. Mot., S. 209.
[11]) vgl. oben Z. II.

(§ 346), denn hier wird der Vertrag ex tunc, mit rückwirkender Kraft „aufgehoben" als nicht bestehend angenommen, andererseits muß er aber auch den Rücktritt ausdrücklich erklären (§ 349) und verliert das Recht, wenn er sich nicht auf eine Fristsetzung des Gegners hin über die Ausübung desselben innerhalb der Frist — falls sie „angemessen" war, s. unten, — erklärt (vergl. ferner §§ 351 f.).

Macht der Berechtigte nun von diesem Recht Gebrauch, so wird hiedurch — wie schon angedeutet — der Vertrag ex tunc als unwirksam behandelt; damit wird der Erklärende seinerseits aller Verpflichtungen aus diesem Vertrag ledig, verliert aber auch alle Ansprüche *aus dem* Vertrag. Insbesondere hat er nicht neben dem Rücktrittsrecht noch irgend welche Schadensersatzansprüche aus dem Vertrag (anders event. gemäß §§ 823 f.)[12]). Will der Berechtigte aus dem Vertrag noch Ansprüche ableiten, so muß er das unter Z. 3 zu besprechende Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen; diese beiden Rechte gewährt das Gesetz alternativ (§ 325 I Satz 1), eines schließt das andere aus.

3. Das wichtigste Recht des einen Theils ist nun aber das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Schon nach den Bestimmungen des 1. Titels des Rechts der Schuldverhältnisse (§ 280) wird dem Gläubiger, wenn die ihm geschuldete Leistung durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich wird, der Anspruch gewährt, „Ersatz des durch die Nichterfüllung entstehenden Schadens" vom Schuldner zu verlangen; hier tritt an Stelle der Leistung der *auf Vertragsgrundlage* geltend zu machende Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung; das Schuldverhältniß bildet den Grund sowohl für den Anspruch auf die eine als für den Anspruch auf die andere Leistung[13]). Fast mit denselben Worten gewährt nun bei gegenseitigem Vertrag das B.G.B. dem einen Theil einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und hier hat sich nun Streit erhoben über den Einfluß der Geltendmachung dieses Anspruchs auf die noch mögliche Gegenleistung des Schadensersatz verlangenden Theiles. Drei Meinungen sind in dieser Frage vertreten:

a) Nach der Einen Meinung löst sich durch die Geltendmachung dieses Anspruchs das gegenseitige Vertragsverhältniß in einen einseitigen Schadensersatzanspruch des Berechtigten auf und zwar derart, daß die aus dem gegenseitigen Vertrag an sich bestehenden Verpflichtungen für beide Theile rückwirkend wegfallen. Eine Folge dieser Konstruktion ist, daß der Berechtigte, wenn er nach § 323 Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, nach den Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung zurückerlangt, was er seinerseits etwa schon geleistet hatte (des näheren unten[14]):

---

[12]) ebenso Dernburg B.G.B. § 98 a. E.; Planck-André Anm. 1b zu § 325; Staub, H.G.B. Exkurs zu § 374, Anm. 32; Mot., S. 211; a. M. nur Cosack, B.G.B. I § 123 nr. 6.).

[13]) so auch Planck-André zu § 280.

[14]) s. Schöller in Gruchot's Beiträgen zur Erl. d. dsch. Rechts, Bd. 44, Seite 603 f.

b) Einen weniger weitgehenden Einfluß auf den Inhalt des gegenseitigen Vertrags räumt der Geltendmachung unseres Anspruchs eine zweite Konstruktion ein:

Diese geht von dem Grundgedanken aus: der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann auf jede billige Weise geltend gemacht werden, jedoch unter Zugrundelegung des Zustands, in dem sich das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien z. B. der Geltendmachung des Anspruchs befindet: hat der Berechtigte noch nichts geleistet, so ist er weder berechtigt noch verpflichtet, seine Vertragsleistung noch anzubieten, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt; hat er schon geleistet, so kann er seine Leistung nicht zurückfordern, sondern macht seinen Anspruch auf Schadensersatz nun eben auf dieser Basis geltend[15]).

c) Eine dritte Meinung, die wir für die richtige halten, ist die: Weil der Berechtigte bei Geltendmachung dieses Anspruchs auf der Grundlage des gegenseitigen Vertrags stehen bleibt und Schadensersatz deshalb verlangt, weil der andere nicht leistet, muß er i. S. des Prinzips des gegenseitigen Vertrags um so mehr seinerseits den Vertragspflichten entsprechen und seine Leistung bewirken[16]). Es handelt sich um einen gegenseitigen Vertrag, bei dem jeder Theil eine von der des Gegners abhängige, wechselseitige Leistung zu machen hat; wird nun die Leistung des einen Theils nicht erfüllt infolge eines Umstands, den er zu vertreten hat, so kann der andere Ersatz des Schadens verlangen, der ihm hieraus entsteht; macht er aber diesen auf Vertragsgrundlage ruhenden Anspruch geltend, so muß er auch seinerseits den ihm aus diesem Vertrag obliegenden Verpflichtungen nachkommen und seine Leistung machen. Der Berechtigte soll das Recht haben, zu wählen, ob wegen dieser Unmöglichkeit nun der ganze Vertrag nicht erfüllt werden soll (Rücktrittsrecht und Recht des § 323 I), will er dies nicht, bleibt er auf der Vertragsgrundlage stehen, dann muß auch *er* seine Vertragsleistung machen. Der Gegner ist zum Schadensersatz wegen „Nichterfüllung", d. h. weil er seine Leistung nicht macht, verpflichtet. Man kann aus dem *Wort* Schadensersatz wegen „Nichterfüllung" keineswegs den Schluß ziehen, daß hier Schadensersatz verlangt werden könne, weil der ganze Vertrag nicht erfüllt werde. Dies ergibt sich auch aus folgender Vergleichung der Wortfassung im B.G.B.:

Aus der Vergleichung mit dem oben angeführten § 280 und mit § 323, ferner mit § 325 I Satz 2, (in welchem direkt auf den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Maßgabe des § 280 verwiesen ist) geht hervor, daß der Anspruch in § 325 keiner andern rechtlichen Natur ist, als in § 280, m. a. W., daß auch § 325 unter „Nichterfüllung" nur Nichterfüllung *des einen Theils* (des Schuldners, der unmöglich gewordenen Leistung) versteht und nicht Nichterfüllung des ganzen gegenseitigen Vertrags. Ob, und eventuell wie durch diese

[15]) so Staub, H.G.B. Exkurs zu § 374, Anm. 20 f., ähnlich ohne nähere Begründung Cosack, B.G.B. § 123).

[16]) so Schollmeyer zu § 323, Planck-André zu 323, Dernburg II § 96, Matthias I, S. 387, u. a.

Unmöglichkeit die Leistung des Gegners beeinflußt wird, darauf giebt die Fassung des § 325 „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" keine Antwort. Das gegentheilige Argument entnehmen unsere Gegner aus der Fassung des § 326 „der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen, wenn . . . .", und „hat die Erfüllung des Vertrags kein Interesse, dann . . . . ." Abgesehen davon, daß es bedenklich ist, aus derartigen Wortfassungen mittelbare Folgerungen zu ziehen, beweist die Fassung: „der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen," daß es sich hier nur um die Leistung des andern Theils und nicht um die Erfüllung des Vertrags für beide handeln kann; denn ein „Anspruch auf Erfüllung" besteht doch für jeden Vertragstheil nur bezüglich der Leistung des Gegners. Daraus könnte sogar entnommen werden, daß § 326 II sich auch nur auf die Leistung des Gegners beziehe. Daraus, daß nach 326 I der Erfüllungsanspruch desjenigen, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung wegen Verzugs verlangt, ausgeschlossen sein soll, geht keineswegs — wie Staub sagt — als „selbstverständlich" hervor, daß auch der andere Theil keinen Anspruch mehr auf Erfüllung hat; dies wäre eben zu beweisen. Der andere Theil hat keinen Anspruch auf Erfüllung, solange der Berechtigte sein noch unten näher zu behandelndes Wahlrecht aus §§ 325, 326 ausüben kann; hat aber einmal der Berechtigte sich dahin erklärt, daß er Schadensersatz verlangen wolle, so wird damit sein etwa noch bestehender Anspruch auf Realerfüllung ausgeschlossen; nur soviel sagt dieser Satz; wie sich hiezu die Ansprüche des Gegners verhalten, darüber ist hiermit keinerlei Antwort ertheilt. Eben so wenig kann für diese Fragen § 326 II verwerthet werden: Wenn auch Staub zuzugeben ist, daß mit Erfüllung des Vertrags hier an beiderseitige Erfüllung gedacht ist, so ist damit nur soviel gesagt, daß es darauf ankommt, ob dem Berechtigten noch damit gedient ist, später seine Leistung gegen die Gegenleistung auszutauschen, hat er daran kein Interesse mehr, dann kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; ob er aber dann seinerseits real leisten muß, darüber gibt auch 326 II keine Auskunft. Wenn man mit Staub sagen will, aus 326 II ergebe sich, daß auch die Leistungspflicht des Berechtigten aufgehoben sein solle, so muß man folgerichtig an dieser Anschauung auch in solchen Fällen festhalten, in denen der Berechtigte schon theilweise oder ganz geleistet hat; auch hier ist der Fall denkbar, daß infolge des Verzugs des anderen, die Vertragserfüllung für ihn kein Interesse mehr hat, damit kommt man dann zu der auch von Staub nicht gebilligten Lehre Schöllers, daß auch die Leistungspflicht des Berechtigten rückwirkend wegfalle, daß sich der ganze Vertrag in einem einseitigen Interesseanspruch auflöse.

Vergleicht man hiezu Staub[17]): „§ 326 II beziehe sich insbesondere auf den Fall, daß der Verkäufer kein Interesse habe, daß der säumige Käufer den Kaufpreis gegen Lieferung der Ware zahle. Und nun solle der Verkäufer in diesem Falle das Recht haben, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, aber nur gegen Lieferung der Ware!

[17]) a. a. O., S. 1278 f.

Dies sei eine unmögliche Annahme", so ist dem gegenüberzuhalten: § 326 II spricht allerdings von dem Fall, daß, wenn die Erfüllung des Vertrags — also auch die eigene Lieferung — kein Interesse mehr habe; dies ist aber, wie schon bemerkt, dahin auszulegen: es kommt darauf an, ob es für den Verkäufer — um bei dem Beispiel zu bleiben — noch von Interesse ist, noch eine Zeit lang zuzuwarten und dann gegen Bezahlung zu liefern. Daraus, daß § 326 II von der Fristsetzung entbindet, ist zu schließen, daß in diesen Satz hineinzudenken ist: „hat die „„spätere"" Erfüllung des Vertrags....."; Legt man den Wortlaut so aus, so sagt auch § 326 II darüber nichts, ob der Berechtigte, auch wenn er ohne Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, seinerseits (jetzt) leisten muß oder nicht[18]).

Gegen die Anschauung Schöllers spricht ferner noch eine weitere bedenkliche Konsequenz seiner Konstruktion:

Wie oben ausgeführt, ist der wesentliche Unterschied zwischen Staubs und Schöllers „Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung", daß von letzterem in konsequenter Weiterführung seines Grundgedankens gesagt wird, daß der Berechtigte, was er seinerseis schon geleistet haben sollte, zurücknehmen muß. Denn wenn ein einseitiger Interesseanspruch aus dem gegenseitigen Vertrag wird, dann hat der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung solchenfalls etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, und dies muß zurückgewährt werden. Nach welchen Regeln soll nun dies geschehen? Das Gesetz sagt hierüber nichts, weil es eben diese gesuchte Konstruktion nicht kennt. Diese „Lücke" erscheint Schöller um so auffallender, als, wie er selbst darauf hinweist, für den Fall, daß der schuldige Theil schon theilweise geleistet hatte, und dann der Nichtschuldige Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit[19]) fordert, der schuldige Theil nach den strengen Rücktrittsrechtsgrundsätzen seine Theilleistung zurückfordern kann. Wenn man — fährt Schöller selbst fort — in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber annehmen muß, daß der schuldige Theil, nur soweit er noch bereichert ist, zurückgewähren muß, so ergibt sich die Inkongruenz, daß der Nichtschuldige strenger — nach Rücktrittsrecht — als der Schuldige bei der Rückgewähr von schon Geleistetem haften muß. Auch diese Konsequenz spricht gegen die Auffassung Schöllers.

Auch der Wortlaut des dem Kaufrecht angehörenden § 454 spricht dafür, daß die Auffassung Schöllers die dem Gesetz nicht entsprechende ist: Wenn der Verkäufer erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, dann soll ihm das in § 325 II (u. § 326) festgesetzte Rücktrittsrecht versagt sein; würde der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Gesetz den Inhalt haben, den ihm Schöller gibt, dann sprächen in dem Fall des § 454 die gleichen Gründe auch für Ausschluß dieses Rechts; davon ist aber im § 454 nicht die Rede[20]).

---

[18]) s. noch unten S. 33.
[19]) nach §§ 325 I, S. 2, 327; s. unten.
[20]) so Schöller selbst, a. a. O.

Wie angedeutet vertuscht Schöller keineswegs diese seiner Lehre entgegenstehenden Bedenken, er sucht sie nur dadurch abzuschwächen, daß er sagt[21]), man müsse annehmen, die gesetzgebenden Faktoren seien selbst über den Begriff des in Frage stehenden Rechts nicht zur völligen Klarheit gelangt, dies gehe aus den Protokollen der II. Kommission hervor. Ueber die oben angeführte aus seiner Lehre sich ergebende Divergenz zwischen dem Rückforderungsrecht des Schuldigen und dem des Nichtschuldigen [22]) kommt er damit hinweg, daß er sagt, die praktische Wichtigkeit dieser Unbilligkeit dürfe nicht überschätzt werden, überdies lasse das Gesetz dieselbe Divergenz bewußter- und gewolltermaßen auch im Fall des § 327 S. 2 eintreten. Abgesehen davon, daß die bedenklichen Konsequenzen dieser Lehre die gleichen bleiben, mag die 2. Kommission auf ganz richtiger oder nicht ganz klarer Grundlage gefußt haben, ferner abgesehen von der praktischen Wichtigkeit dieser Divergenz in der Rückerstattungspflicht kann *nicht* für richtig gehalten werden, wenn gesagt wird, § 327 S. 2 statuiere dieselbe Divergenz. Auf § 327 S. 2 wird unten noch einzugehen sein, hier nur soviel: Wenn der Berechtigte zurücktritt aus einem Grund, den der andere Theil nicht zu vertreten hat, so muß er nach strengen Regeln zurückgewähren, während der andere nur haftet, soweit er noch bereichert ist. Aber hier ist ja eben für den, der sich den Rücktritt gefallen lassen muß, eine mildere Haftung statuiert, der andere Theil übt dagegen seinerseits nur ein *Recht* aus, wenn er den Rücktritt wählt; ferner, vom Gegner des Berechtigten kann in der Regel nicht verlangt werden, daß er damit rechnet, er müsse das Geleistete wieder zurückerstatten, während der Berechtigte in dem Fall des § 283[23]) längere Zeit vor dem Eintritt der Rückgewährpflicht durch die Umstände darauf vorbereitet ist, daß eine solche eventuell eintreten werde. Also hier hat die verschiedene Behandlung einen guten Sinn.

Daß Schöller offenbar mit seiner Konstruktion selbst nicht ganz zufrieden ist, ergibt sich daraus, daß er dem Berechtigten *außer* dem von ihm konstruierten Schadenserſatz wegen Nichterfüllung auch noch eine Möglichkeit gibt, *ohne* seine Leistung zurückzuverlangen, Schadenserſatz geltend zu machen: Dies sei aber dann nicht ein Anspruch auf Schadenserſatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326, sondern ein Anspruch auf „Schadenserſatz wegen Nichtbewirkung der Leistung des schuldigen Theils" aus § 280 f.[24]). Nur durch diese Feststellung werde das Verhältniß zwischen §§ 280 f. und 323 f. völlig klar gestellt. M. E. wird hierdurch gerade das Gegentheil erreicht. §§ 280 f. geben die allgemeinen Regeln, und §§ 323 f. statuieren Besonderheiten, soweit solche für *gegenseitige* Verträge gelten sollen; oder sie wiederholen die allgemeinen Regeln auch für diese Vertragsart. Wiederholungen blieben deshalb unvermeidlich, weil das B.G.B. in §§ 323 f. die Folgen der nachträglichen Unmöglichkeit einer Leistung für gegenseitige Verträge ausschließlich und zugleich

---

[21]) S. 635 a. a. O.
[22]) oben S. 28.
[23]) auf den sich nur § 327 S. 2 bezieht, s. unten.
[24]) S. a. a. O, S. 640.

abschließend und vollständig geben wollte. Dies ergibt schon eine bloße äußerliche Vergleichung beider Abschnitte. Aber auch aus § 325 I S. 2, geht unmittelbar hervor, daß das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hier denselben Inhalt, wie oben in § 280 haben soll und daß ein Versuch, für gegenseitige Verträge neben diesem Anspruch noch einen solchen auf Schadensersatz wegen Nichtbewirkung der Leistung des schuldigen Theils zu konstruieren, im Gesetz keineswegs eine Grundlage findet.

Schöller und Staub stützen sich nun ferner zur Begründung ihrer Konstruktionen auf das Handelsrecht, insbesondere des alten Handelsgesetzbuchs. Da das Handelsrecht die eigentliche Grundlage der Regelung des B.G.B. auch in dieser Materie darstellt, wollen wir hierauf noch etwas näher eingehen:

Das a. H.G.B. gibt dem Verkäufer, der seinerseits noch nicht erfüllt hat — andernfalls kann er nur Ansprüche wegen verspäteter Erfüllung geltend machen — das Recht, bei Zahlungsverzug des Käufers seine Ware anderwärts unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 für Rechnung des Käufers zu verkaufen und Schadensersatz (wegen der Nichterfüllung) zu verlangen, und zwar hat er dieses Recht auch ohne Annahmeverzug des Käufers. Beim Lieferungsverzug des Verkäufers gewährt Art. 355 dem Käufer das Recht, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Um zuerst von letzterer Bestimmung zu reden, so sagt hiezu Schöller im Sinn seiner Lehre, hier löse sich das Schuldverhältniß in eine einseitige Interesseforderung auf. Ja wo steht diese Bestimmung? Wie das B.G.B. sagt schon das a. H.G.B. hier nur, der Käufer dürfe statt der Erfüllung (die ihm der Verkäufer nicht vertragstreu liefert), Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Allerdings wird hier — wie auch die von Schöller angeführten Entscheidungen[25]) sagen — der Anspruch thatsächlich ein Abgehen vom Vertrag bilden: der Verkäufer leistet nicht und der Käufer, der nur eine Geldzahlung zu machen hätte, rechnet diese der Einfachheit halber in seinen Schadensersatzanspruch ein; damit ist aber über die rechtliche Natur des Anspruchs keinerlei Entscheidung gegeben. Für diese Frage kann nur der Ersatzanspruch des Verkäufers bei Erfüllungsverzug des Käufers in Betracht gezogen werden. Und da läßt sich nun der Wortlaut des Art. 354 m. E. in mehrfacher Hinsicht im Sinn unserer Anschauung verwerthen: Wenn der Verkäufer nach Art. 354 Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, so wird er damit keineswegs seinerseits von der Leistung frei, so daß er seine Ware beliebig anders verwerthen dürfte, sondern er muß sie auf bestimmte Art veräußern und einen eventuellen Uebererlös dem Käufer gut schreiben. Damit ist nur eine Aenderung seiner Leistungspflicht, keineswegs eine Befreiung von derselben angeordnet. Ferner wenn das a. H.G.B. den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht mehr gewährt, wenn der Verkäufer schon eine Leistung gemacht hat, so kann auch diese Bestimmung jeden-

[25]) R. O. H. G. Bd. 20, S. 223; Bd. 24, S. 106.

falls nicht für die Anschauung Schöllers verwerthet werden, aber auch für die Ansicht Staub's läßt sich hieraus nichts entnehmen, weil eben das a. H.G.B. unsern Anspruch nur kennt, solange der Verkäufer noch nichts geleistet hat.

Vergleicht man hiezu die Denkschrift zum neuen H.G.B.[26]), so finden sich dort allerdings im Hinblick auf das B.G.B. Ausführungen, die mit denen Staub's im Einklang stehen. Aber auch hier entstanden m. E. unrichtige Anschauungen, daraus, daß die Obersätze der dort gezogenen Schlüsse alle dem Kaufvertrag entnommen sind. Dort ist z. B. gesagt: „wenn der Verkäufer schon geleistet habe und er mache seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend, so falle dieses Recht mit dem Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung in Eines zusammen"; thatsächlich wird dies für solche Spezialfälle zutreffen, verallgemeinert man aber diesen Satz, so ergibt sich seine Unhaltbarkeit sofort: denn wenn der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, so hat in der Regel dieser Anspruch einen anderen Inhalt, als wenn er Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung (im Fall des § 326) geltend macht[27]). Ebensowenig darf man m. E. wie dort folgenden Schluß ziehen: Weil der Käufer seinen Anspruch auf Schadensersatz beliebig geltend machen kann, muß dies auch dem Verkäufer zugestanden werden. Hier ist am Obersatz nur soviel richtig, daß es für die weitaus meisten Fälle sinnlos wäre, wenn man den Käufer, dessen Schadensersatzanspruch auf Geldleistung geht, seinerseits den Kaufpreis zahlen lassen wollte.

Man sieht, auch die aus dem Handelsrecht entnommenen Beweisgründe der Lehren Schöllers und Staubs fallen bei näherer Untersuchung in sich zusammen.

4) Zwischen diesen Rechten (Z. 1—3), Rücktritt, Geltendmachung der Rechte des § 323, Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Berechtigte frei wählen; und seine Wahl ist an keine Frist gebunden, auch kann er von der einmal getroffenen Wahl abweichen, all dies mit zwei Ausnahmen: das Rücktrittsrecht kann er nur ausüben, wenn er sich innerhalb einer ihm gemäß § 355 gesteckten angemessenen Frist erklärt; und, die Erklärung zurücktreten zu wollen, ist bindend (§ 349), denn mit dieser Erklärung ist der Rücktritt vollzogen. Hat dagegen der Berechtigte erklärt, er wolle Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen, so kann er sich immer noch auf § 323 stützen, und hat er erklärt, er halte sich gemäß § 323 von seiner Leistungspflicht für befreit, so kann er immer noch — wenn er seine Leistung anbietet —, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. All dies natürlich nur, soweit es den Rücksichten auf Treu und Glauben im Verkehr nicht widerstreitet. Wir setzen uns mit diesen Ausführungen in Gegensatz zu Planck-André. Dort ist[28]) gesagt, es handele sich hier zwar nicht um ein alternatives Schuld-

[26]) Heymanns Verlag 1896, S. 460 f.
[27]) Vgl. z. B. R. G. II. S. 29 und unten S. 39.
[28]) Anm. 2 zu § 325.

verhältniß (B.G.B. §§ 262 f), weil das Rücktrittsrecht und das Recht aus § 323 keine „Ansprüche" seien, dennoch müsse mit Rücksicht auf den andern Theil und auf Treu und Glauben die Bestimmung des § 263 I analog hier Anwendung finden.

Mit Recht verneint Planck-André die unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 262 f., um ein alternatives Schuldverhältniß kann es sich hier nicht handeln. Aber auch die analoge Anwendung des § 263 dürfte nicht am Platz sein, denn die Verhältnisse sind hier nicht dieselben wie dort. Bei der Alternativobligation stehen sich zwei an sich gleichberechtigte Vertragstheile gegenüber, während hier der eine seine Rechte aus einem vom andern zu vertretenden Umstand herleitet, also nach Treu und Glauben vor allem auf seine Interessen Rücksicht genommen werden muß. Wenn z. B. der Berechtigte erklärt (in Kenntniß davon, daß ihm die Rechte des § 325 zustehen), er wolle sich auf § 323 stützen und zwar nach § 323 II seine Ansprüche geltend machen, so erfordert doch Treu und Glauben, daß diese Erklärung für ihn eben nicht stets bindend ist; wenn er z. B. sich über den Umfang des Ersatzes oder über den Grad der Schwierigkeit der Geltendmachung der abgetretenen Ersatzforderung getäuscht hat, vielleicht infolge eines illoyalen Verhaltens des Gegners, dann muß ihm doch gestattet sein, gegen Anbieten seiner vollen Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen und so, wie billig, ohne eigenen Schaden das Vertragsverhältniß zur Realisierung zu bringen[29]). Denn wenn man den Berechtigten an seine erste Erklärung binden würde, so würde er im einzelnen Fall entweder unmittelbaren Schaden erleiden oder aber würde er — wenn ihm aus dem illoyalen Verhalten des Gegners neue Ansprüche entstünden — mindestens Beweisschwierigkeiten haben, die ihm erspart sind, wenn er sofort auf sein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zurückgreifen kann. Wir haben oben schon betont, es handelt sich hier allein um den Maßstab von Treu und Glauben im Verkehr; unter Umständen kann auch eine Erklärung von Anfang an für bindend angesehen werden müssen, ja der Berechtigte wird unter Umständen schon durch bloses Verzögern der Erklärung seines freien Wahlrechts verlustig gehen; so wird er nicht beliebig lang zuwarten dürfen, wenn er die Rechte aus § 323 II geltend machen will.

Kommen wir aber im einzelnen Fall zu dem Ergebniß, daß die Rücksicht auf Treu und Glauben dem Gegner gegenüber an sich eine Bindung des Berechtigten an seine Erklärung verlangt, so kann diese Bindung nur dann unter allen Umständen für gerechtfertigt erachtet werden, wenn die Erklärung in voller Kenntniß der Rechtslage erfolgte. Erklärt der eine Theil, er brauche, weil die Gegenleistung unmöglich geworden sei, nicht mehr zu leisten, und erfährt erst nachträglich, daß es sich nicht um eine „zufällige" Unmöglichkeit, sondern um eine vom Gegner zu vertretende handelt, so muß ihm unter allen Umständen ein ius variandi zustehen[30]).

---

[29]) ähnlich Schollmeyer, Anm. 5 zu § 325.
[30]) so ähnlich von seinem Standpunkt aus Planck-André, a. a. O.

5. Ist nun eine Leistung nur teilweise unmöglich geworden durch einen Umstand, den der Schuldner derselben zu vertreten hat (ob eine theilweise Unmöglichkeit vorliegt, in dem Sinn, daß das, was noch möglich ist, als Theil der Leistung angesehen werden kann, ist Thatfrage, vielfach wird in solchem Fall die ganze Leistung ihrer Natur nach als unmöglich anzusehen sein (s. oben S. 22)), so gelten folgende Regeln:

Wenn die theilweise Erfüllung des Vertrags kein Interesse für den Gegner des „Schuldigen" hat, so kann er alle unter Z. 1—3 geschilderten Rechte ganz so geltend machen, wie wenn die ganze gegnerische Leistung unmöglich geworden wäre. Voraussetzung ist also hier, daß die theilweise eingetretene Leistungsunmöglichkeit den Inhalt der Leistung nicht so angreift, daß sie in vollem Umfang als „vertragsunmöglich" angesehen werden muß, sondern daß an sich die Leistung auch als theilweise noch im Sinn des Vertrags denkbar ist, daß aber im speziellen Fall diese Theilleistung für den Berechtigten kein Interesse hat. Aus dem Princip der Gegenseitigkeit des Vertrags ergibt sich natürlich, daß bei Beurtheilung dieser Frage nicht ausschließlich nach dem Werth der noch möglichen gegnerischen Leistung an sich, sondern nach dem Werth dieser Leistung im Verhältniß zu einem entsprechenden Theil der Gegenleistung das Interesse zu prüfen ist. Es ist z. B. denkbar, daß die Theilleistung des Gegners an sich für den Berechtigten viel Werth ist, daß ihm aber nicht damit gedient ist, gegen sie nur einen Theil seiner Leistung anzubringen, daß er vielmehr ein Interesse hat, ganz frei zu werden, oder aber seine ganze Leistung — gegen Schadensersatz — machen zu können[31]).

Gelingt nun dem Gläubiger der Beweis, daß die theilweise Leistung für ihn kein Interesse habe, nicht, oder hat er thatsächlich ein Interesse an der Theilleistung, so erwachsen ihm aus der theilweisen Unmöglichkeit folgende Rechte:

a) Er kann die Theilleistung annehmend seine Leistung ganz machen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des unmöglich gewordenen Theils der gegnerischen Leistung verlangen (§ 280 II).

b) Er kann, wenn er nur einen dem noch möglichen Theil der Gegenleistung entsprechenden Theil seiner Leistung machen will, soweit die gegnerische Leistung unmöglich wurde, zurücktreten. Diese Möglichkeit hat er nach Planck-André nur dann: „wenn der Vertrag als ein in der Art theilbarer anzusehen ist, daß es sich sachlich um zwei selbständige Verträge über den möglich gebliebenen und über den unmöglich gewordenen Theil der Leistung handelt." Wenn hier unter „sachlicher Selbständigkeit" verstanden ist, daß es sich von Anfang an um mehrere unter Einer Vereinbarung abgeschlossene Verträge handelt, so ist obiger Satz wohl nicht richtig, denn dann ist einer der Fälle der vollständigen Unmöglichkeit einer Vertragsleistung gegeben. Soll aber damit gesagt sein, was wir eingangs dieses Abschnittes auszuführen versuchten, daß die Leistungen in dem Sinn rechtlich theilbar sein müssen, daß eine zum theilweisen Rücktritt nothwendige Trennung möglich ist, so

[31]) vgl. ähnlich Planck-André, u. oben S. 25 f.

gilt dieser Satz nicht nur für den theilweisen Rücktritt, sondern auch für die andern hier in Betracht kommenden Rechte, das unter Z. a aufgeführte und das sofort unter Z. c zu behandelnde[32]).

Bei Schollmeyer finden wir noch den Fall besonders hervorgehoben, daß sich eventuell der Rücktritt nicht nur auf den unmöglichen Theil, sondern auch noch auf einen Theil der möglich gebliebenen Leistung — dem Interesse des Berechtigten gemäß — beziehen könne. M. E. ist ein solch besonderer Fall nicht gut denkbar: Wenn eine theilweise Erfüllung für den Berechtigten überhaupt Interesse hat, muß er den noch möglichen Theil der Leistung annehmen und kann nur hinsichtlich des unmöglichen Theils mit einem entsprechenden Theil seiner Leistung zurücktreten. Sachlich nähern wir uns jedoch der Anschauung Schollmeyers damit, daß wir sagen: in gewissen Fällen kann die Leistung „des Schuldigen" im Sinn des speziellen Vertrags eben nur so getheilt werden, daß auch ein objektiv noch möglicher Bruchtheil des nicht unmöglich gewordenen Theils der Leistung, so mit dem unmöglichen verwachsen ist, daß eben auch er im Sinn des Vertrags unmöglich geworden ist.

c) Natürlich kann auch hier der Berechtigte die in § 323 I 2. Halbsatz bestimmten Rechte geltend machen[33]).

V. Für alle Fälle der nachträglichen Unmöglichkeit einer Leistung bei gegenseitigem Vertrag entstehen nun Beweislastschwierigkeiten, insbesondere für die Fälle der theilweisen Unmöglichkeit; hierüber folgendes[34]):

1. Ist die eine Leistung vollständig unmöglich geworden und klagt der Schuldner dieser Leistung auf Erfüllung, so kann der Beklagte (außer der (dilatorischen) Einrede des nicht erfüllten Vertrags, die zu keinem Resultat führt, weil sofort die Unmöglichkeit geltend gemacht wird[35])) einwenden: „deine Leistung — Kläger — ist unmöglich; da es sich um gegenseitigen Vertrag handelt, ist somit auch meine Leistungspflicht weggefallen." Mit dieser Vertheidigung behauptet der Beklagte im einzelnen:

a) Es handelt sich um gegenseitigen Vertrag,

b) die klägerische Leistung ist unmöglich geworden,

c) den Umstand, infolge dessen die Unmöglichkeit eingetreten ist, habe ich nicht zu vertreten[36]).

Was nun hier (a bis c) die Beweislast anlangt, so hat — im Bestreitungsfall — die Behauptungen ad. Ziffr. a. u. b. zweifellos der

---

[32]) vergl. Schollmeyer, a. a. O. § 325, Anm. 7 b.

[33]) s. oben; über § 325 II, s. unten S. 47. f.

[34]) vgl. die unten zu berührenden Streitschriften zu dem berühmten „Mitscherlich'schen Patentstreit", insbesondere Dr. A. Schall in Arch. f. d. civ. Prax., Bd. 73 S. 429 f. und Regelsberger in Iher. Jahrb., Bd. 40 S. 248 f.

[35]) s. unten Anmerkung 37.

[36]) Zur direkten Anwendbarkeit von § 323 gehört auch noch die Behauptung, daß der Kläger die Unmöglichkeit nicht zu vertreten habe, dies ist hier unerheblich, denn der Beklagte kann sich auf § 323 berufen, auch wenn der Kläger die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

Beklagte zu beweisen, denn mit seiner Art der Vertheidigung hat er ja zugegeben, daß an sich der Klaganspruch begründet war, und nur einredeweise behauptet, er sei weggefallen[37]). Steht nun fest, daß ein gegenseitiger Vertrag vorliegt und daß die Leistung des Klägers nachträglich unmöglich wurde, so bleibt der Beklagte zu seiner Leistung nur verpflichtet, wenn er den Umstand, der die Unmöglichkeit herbeiführte, zu vertreten hat (Ziff. c.). Schon aus dieser (theilweise dem Gesetzeswortlaut sich anschließender) Formulierung wird deutlich, daß wir hinsichtlich dieses Punktes dem Kläger die Beweislast auflegen, weil es sich hier um eine Ausnahme von der Regel handelt, daß mit dem Wegfall der Einen Leistungspflicht die andere hinfällig werde[38]). Mit Recht weist Planck-André[39]) auf die abweichende Formulierung der entsprechenden §§ im 1. Entwurf hin, aus welcher direkt abzuleiten war, daß als Regel Befreiung des Schuldners der noch möglichen Leistung zu gelten habe, und daß die jetzt in § 324 Abs. 1 und 2 formulierten Rechtssätze als Ausnahme von dem, der sie geltend mache, zu beweisen seien; und mit Fug betont er, daß mit der veränderten Fassung des Gesetzes materielle Aenderungen nicht beabsichtigt wurden. Schollmeyer stützt seine abweichende Meinung auf den Satz, daß, wer Befreiung von einer Vertragsschuld behaupte, beweispflichtig sei. Die Richtigkeit dieses Satzes an sich ist nicht zu bestreiten, aber diese Beweispflicht bezieht sich doch nur auf Umstände, die nach der Regel des Lebens Befreiung herbeiführen und nicht auf alle Umstände, die im Einzelfall einer Befreiung im Weg stehen könnten[39]). Noch deutlicher als im Fall des § 324 I, stellt sich in dem Fall des § 324 II dar, daß dem Kläger der Nachweis obliegt, daß zur Zeit des Eintritts der Unmöglichkeit der Beklagte im Annahmeverzug war; wenn der Kläger aus dem Annahmeverzug Rechte herleiten will, so muß er beweisen, daß ein solcher zur fraglichen Zeit vorlag. Hier jedoch bedarf es noch des Nachweises, daß der Kläger nicht seinerseits die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Auch diese Behauptung hat im Bestreitungsfall der Kläger nachzuweisen, denn sie ist die Voraussetzung für das Ausnahmsrecht des § 324 II. (Vgl. § 282).

Ebenso liegt der Fall, wenn die Leistung des Klägers nur theilweise unmöglich wurde. Wird hier direkt festgestellt, daß der Beklagte die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, bezw. nicht in Annahmeverzug war, oder gelingt dem Kläger nur der Nachweis des § 324 nicht, so hat dies die Folge, daß an sich der Beklagte nicht mehr zur vollen Gegenleistung verpflichtet ist. Wer hat nun hier den Nachweis zu erbringen,

---

[37]) Die Thatsache zu Ziff. b. wird zwar in dieser Rechtslage wohl überhaupt nie streitig sein, denn der Kläger wird diese Unmöglichkeit schon deshalb nicht bestreiten, weil er sonst der E. d. n. e. V. ausgesetzt wäre. Wird diese von Anfang an geltend gemacht, dann ist Kläger für die Unmöglichkeit beweispflichtig.

[38]) so auch Planck-André, theilweise abweichend Schollmeyer.

[39]) Anm. 1. zu § 323.

[40]) Streng hievon zu scheiden sind die Beweislastfragen, die sich in den Fällen der theilweisen Unmöglichkeit hinsichtlich der Höhe des Abzugs erheben, s. u.

in welcher Höhe die Verpflichtung des Beklagten noch besteht? Diese Frage, die besonders wichtig dann ist, wenn nach Art des Vertragsinhalts der Umfang der geminderten Leistungspflicht gar nicht nachweisbar ist, hat die gemeinrechtliche Litteratur und Praxis besonders in Folge des oben angedeuteten Mitscherlich'schen Prozesses beschäftigt. Hiemit im Zusammenhang steht die Frage, welche Folge die theilweise „zufällige" Unmöglichkeit hat, wenn die gegnerische Leistung überhaupt nicht theilbar ist. Auch diese Frage, die streng genommen zu den allgemeinen Erörterungen über § 323 gehört, soll eben dieses Zusammenhangs halber hier behandelt werden.

Was die Beweislast anlangt, so kann man hier füglich mit dem oben in anderem Zusammenhang angeführten Satz Schollmeyer's operieren, daß, wer von einer Vertragspflicht frei zu sein behauptet, beweispflichtig ist. Behauptet der Beklagte Wegfall seiner ganzen Leistungspflicht, so muß er nachweisen, daß des Klägers Leistung (im Sinn des Vertrags) vollständig unmöglich wurde, behauptet er Minderung seiner Verpflichtung, so muß er nachweisen, in welchem Verhältniß der unmöglich gewordene Theil der Leistung des Gegners zu seiner Leistungspflicht steht. Es ist hier ebenso, wie wenn jemand auf Bezahlung einer Geldschuld belangt, theilweise Abzahlung geltend macht, auch hier liegt dem Beklagten ob, zu beweisen, daß er etwas bezahlt hat und wie viel er bezahlt hat. Der Gedankengang einer in unserer Frage auf abweichendem Standpunkt stehenden Reichsgerichtsentscheidung[40]) geht dahin: „Wenn eine Leistung bei gegenseitigem Vertrag theilweise durch Zufall unmöglich wurde, so steht dem Schuldner dieser Leistung ein Anspruch nur zu, soweit die Gegenleistung sich als Aequivalent des noch möglichen Theils seiner Leistung darstellt, und diese thatsächliche Voraussetzung seines Anspruchs hat der Kläger zu beweisen." Diese Beweisführung sucht Regelsberger [41]) unter Hinweis auf das B.G.B. selbst — damit zu widerlegen, daß er sagt: „Der Gegenleistungspflichtige hat einen Anspruch auf Minderung, dies ist eine Art Schadensersatzanspruch, und dessen thatsächliche Grundlage hat naturgemäß derjenige zu beweisen, der diesen Anspruch geltend macht. Sehr bezeichnend verweist deshalb das B.G.B. auf §§ 472, 473 in § 323." Im Resultat stimmen wir mit Regelsberger überein, aber der Beweisführung können wir nicht zustimmen: Wie wir schon früher auszuführen versuchten, tritt die Minderung der Gegenleistung hier ipso jure mit dem theilweisen Unmöglichwerden der Leistung des Gegners ein, von einem Anspruch auf Minderung kann nicht die Rede sein; die §§ 472, 473 sind in § 323 nur als Grundlage für die rechnerische Behandlung herangezogen. Die in der Sache selbst von der unseren abweichende Meinung hängt m. E. mit einer unrichtigen Auffassung des Einredebegriffs überhaupt zusammen (s. o.)[42]): Nicht darf hier der Beklagte seine ganze Leistung verweigern, bis der Kläger nachweist, wie viel von der Gegenleistung als Aequivalent

[40]) von Schall citiert a. a. O., S. 436.
[41]) a. a. O., S. 274.
[42]) vergl. auch Schall a. a. O., S. 441.

für seine noch mögliche Leistung dient, sondern der Beklagte muß seinerseits beweisen, zu welchen Abzügen er berechtigt ist. Es ist nicht richtig, daß die thatsächliche Voraussetzung des klägerischen Anspruchs die sei, welcher Theil der gegnerischen Leistung als Aequivalent des noch möglichen Theils der Leistung des Klägers anzusehen sei, und daß diese Voraussetzung vom Kläger zu beweisen sei. Der Anspruch des Klägers wird begründet durch den Vertragsschluß und wenn nachher ein Theil seiner Leistung durch Zufall unmöglich wird, dann wird hiedurch nicht die Grundlage seines Anspruchs erschüttert, sondern der andere Theil ist nur berechtigt (nicht verpflichtet: § 323 II), seine Gegenleistung nun seinerseits nicht mehr vollständig zu machen; wie viel er abziehen darf, hat er zu beweisen. Denn er stützt sich nicht darauf, daß ein Anspruch des Klägers gar nicht bestehe, sondern er erkennt den Anspruch des Klägers an sich an und stützt sich unmittelbar auf die Thatsache der theilweisen Unmöglichkeit, er muß beweisen, welchen ändernden Einfluß dieser Umstand auf seine Leistung gehabt hat. Nun ist denkbar, daß dem Beklagten dieser Beweis mißlingt oder, daß nach dem Inhalt der Leistung eine Reduktion nicht möglich ist (z. B. wenn der Beklagte gegen 20 Klavierstunden einer „Amati" versprochen hat und der Gegenkontrahent nach Gewährung von 10 Stunden stirbt[43]) und daß ersterenfalls auch eine Schätzung nach C.P.O. § 287 nicht zum Ziel führt; in diesen Fällen muß der Beklagte seine ganze Leistung gegen die Theilleistung des Gegners machen; dies kann unbillig scheinen, aber es ist ein kleineres Uebel, als wenn der Schuldner der theilweise unmöglich gewordenen Leistung gar kein Aequivalent erhielte. Wenn ein Vertragstheil sich zu einer Leistung verpflichtet, die nicht im Sinn des Vertrags, entsprechend der theilweise eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung des Gegners, herabgesetzt werden kann, so muß er die Folgen tragen, die aus einer für ihn als möglich voraussehbaren theilweisen Unmöglichkeit der gegnerischen Leistung entstehen. Das B.G.B. gestattet nach § 323 I, 2. Hälfte nur eine Minderung, von einem Rücktritt ist keine Rede. Der Schuldner der theilweise unmöglich gewordenen Leistung bleibt ohne weiteres, soweit seine Leistung noch möglich ist, verpflichtet und wenn die Leistung des andern im Sinn des Vertrags nicht theilbar ist, ist es billiger, daß dieser alles, als daß er gar nichts leiste[44]).

2. Weniger Schwierigkeiten bezüglich der Beweislast entstehen in den Fällen, in denen der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung klagt, hier möge ein Hinweis auf die Beweisregel des § 282 genügen.

§ 6.

Erfüllungsverzug bei gegenseitigen Verträgen.

I. Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, die Lehre über den Verzug des Schuldners im einzelnen zu besprechen, wir müssen

[43]) das Beispiel ist Schall a. a. O., S. 437 entnommen.
[44]) vgl. Regelsberger a. a. O., i. f. und oben S. 22.

hier nur soweit darauf eingehen, als aus der Gegenseitigkeit der Verpflichtungen scheinbare oder thatsächliche Besonderheiten sich ergeben:

Allgemeine Voraussetzung des Schuldnerverzugs ist Mahnung des Gläubigers nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung (vgl. § 284, aber auch § 285):

a) Fällig ist die Forderung, wenn der Gläubiger ihre Erfüllung zur Zeit (ohne daß ihm eine aufschiebende Einrede entgegensteht) verlangen kann. Nun kann bei gegenseitigem Vertrag, Leistung nur „gegen Bewirkung" der Gegenleistung verlangt werden (§§ 320, 322). Daraus darf man aber nicht den Schluß ziehen, daß im gegenseitigen Vertrag Fälligkeit der Leistung stets erst mit Bewirkung der Gegenleistung eintreten könnte. Fälligkeit der Leistung des einen Theils tritt schon ein, wenn er die ihm gehörig angebotene Gegenleistung nicht annimmt. Zu diesem Angebot genügt, was in §§ 295 f. zur Versetzung in Annahmeverzug verlangt wird. Sonst müßte ja hier der eine Theil auch z. B. in den Fällen des § 295 noch thatsächlich anbieten, um Fälligkeit der ihm geschuldeten Leistung herbeizuführen. Die Richtigkeit dieser Ansicht erhellt auch daraus, daß das Gesetz bei Annahmeverzug des aus gegenseitigem Vertrag zur Leistung Zug um Zug Verurtheilten eine Beitreibung der Leistung ohne Bewirkung der Gegenleistung zuläßt.

b) Die Mahnung hat nach der Fälligkeit zu erfolgen, um Verzug und Verzugsfolgen herbeizuführen (so § 284 I). Romeick[1]) lehrt: einer Mahnung bedürfe es dann nicht, wenn der andere Theil bestimmt erklärt habe, nicht leisten zu wollen. In diesem Fall könne der eine Theil schon vor Fälligkeit der ihm zukommenden Leistung diejenigen Rechte geltend machen, die ihm bei Leistungsverzug zustehen, z. B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Des näheren wird hierauf unten[2]) bei der Besprechung der Verzugsfolgen bei gegenseitigem Vertrag eingegangen werden; hier genüge der Hinweis auf den klaren Wortlaut des 284 I.

Damit daß wir eine Mahnung nach Eintritt der Fälligkeit verlangen, ist aber nur gesagt, daß eine solche vor diesem Zeitpunkt unwirksam ist; es ist zulässig und wird vielfach geschehen, daß Mahnung und Fälligkeit zugleich eintreten; so kann — wie schon aus dem Bisherigen hervorgeht — mit dem vertragsmäßigen Angebot der Leistung aus gegenseitigem Vertrag eine Mahnung an den andern Theil, nun auch seinerseits zu leisten, verbunden werden. Es kann deshalb prinzipiell nicht als richtig anerkannt werden, wenn bei Planck-André[3]) gesagt ist, die Wirksamkeit der Mahnung werde durch das Unterbleiben des Erbietens zur Gegenleistung nicht beeinträchtigt; denn es ist ja eben Voraussetzung der Mahnung, daß Fälligkeit durch gehöriges Anbieten (thatsächliches oder nicht, je nach Inhalt des Vertrags) herbeigeführt wurde oder gleichzeitig herbeigeführt wird. Soweit die bei Endemann[4]) sich vorfindende Bemerkung besagen

[1]) In seiner Abhandlung „zur Technik des B.G.B.: Fristbestimmung" (Stuttgart 1901), S. 93 f.
[2]) S. 40 f.
[3]) Anm. 4 d zu § 284.
[4]) Anm. 7 zu § 137.

will, daß Mahnung ohne Anbieten (vorher oder gleichzeitig) unwirksam sei, stimmt sie mit unserer Anschauung überein, soll aber damit gesagt sein, eine Mahnung könne nur mit Anbieten der Gegenleistung wirksam erfolgen, so können wir dies nicht für richtig halten. Denn wenn ausnahmsweise in dem gehörigen, Fälligkeit der Leistung des Gegners bewirkenden, Anbieten der Leistung keine Mahnung liegt, so kann nachträglich ohne jedes Zurückgreifen auf die eigene Leistung durch Mahnung der andere Teil in Zahlungsverzug versetzt werden. (Es ist zu bemerken, daß Annahmeverzug nicht, wohl aber Schuldnerverzug „Verschulden" i. S. von § 285 voraussetzt). Ebenso kann nicht für zutreffend erachtet werden, wenn Schollmeyer und Dernburg jede Mahnung ohne irgend eine Voraussetzung, zur Inverzugsetzung für genügend erklären, denn vor der Fälligkeit gibt es keine wirksame Mahnung[5]).

II. Nach den allgemeinen Regeln über die Verzugsfolgen hat der Gläubiger im Normalfall nur das Recht, Schadensersatz wegen der Verzögerung zu verlangen; nur wenn er seinerseits nachweisen kann, daß eine spätere Leistung für ihn nach Inhalt des Vertrags kein Interesse mehr haben würde, kann er sofort mit Eintritt des Verzugs die Realleistung zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 286). Kann er diesen Nachweis nicht erbringen, dann muß er sich mit Schadensersatz wegen Verspätung begnügen, und zuwarten, bis er die Leistung bekommt, wenn er nicht eine rechtskräftige Verurtheilung erlangen kann und dann nach § 283 günstiger gestellt ist[6]). Die Lage des Gläubigers ist — wie billig — beim gegenseitigen Vertrag eine günstigere, weil ihm nicht zugemuthet werden kann, seine Leistung ungebührlich lange bereit zu halten und sich mit Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu begnügen (dies in den Regelfällen; daß die Leistung bezw. spätere Erfüllung des Vertrags kein Interesse für ihn hat, wird nur in den Ausnahmsfällen nachweisbar sein). Im einzelnen hat nun der Gegner des Säumigen bei gegenseitigem Vertrag folgende Rechte:

1. Er kann nach allgemeinen Regeln eine spätere Erfüllung abwarten und Schadensersatz wegen dieser Verspätung verlangen (§ 286 I). Durch die Verspätung erwirbt er einen dem Grunde nach fest stehenden Anspruch auf Ersatz des ihm hiedurch entstehenden Schadens und dieser bleibt ihm, auch wenn er die verspätete Leistung vorbehaltlos annimmt. Dies ergibt sich aus allgemeinen schon im gemeinen Recht anerkannten Grundsätzen[7]), ferner indirekt daraus, daß nach § 341 III der Anspruch auf Vertragsstrafe durch vorbehaltlose Annahme der Leistung — ausnahmsweise — verloren gehen soll[8])[9]).

2. Da es nun aber in der Regel, auch wenn die mehrfach berührte Ausnahme des § 326 II nicht vorliegt, gegen das Interesse des „Gläu-

---

[5]) vergl. auch Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 5 f.
[6]) s. unten § 7.
[7]) vergl. R.G. I, S. 21 u. indirekt auch XXXXIII, S. 268.
[8]) vergl. noch die Spezialbestimmungen §§ 464, 539, 640 II und dazu 363.
[9]) Im Ergebniß ebenso Staub a. a. O., S. 1285, Schollmeyer Anm. 3 zu § 341, Planck-André, Anm. 2 zu § 341.

bigers" ist, unbestimmte Zeit lang, eventuell bis zum Ende eines Rechtsstreits zuzuwarten, gewährt ihm das B.G.B.[10]) das Recht: „zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung abgelehnt werde"[11])[12]). Nach Ablauf dieser Frist kann der Berechtigte die schon in § 5 behandelten Rechte, Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung, geltend machen. Einen Anspruch auf Erfüllung d. h. auf nachträgliche Leistung, die er ja durch seine Fristsetzung präkludiert hat, hat der Gläubiger dann natürlich nicht mehr. Ueber die Auslegung dieses 1. Satzes des § 326 hat sich nun — abgesehen von dem schon oben[13]) behandelten Punkt des Inhalts des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung — in mehrfacher Hinsicht Streit erhoben. Hält man sich streng an den Wortlaut des § 326 I Satz 1, dann erreicht der Gläubiger das, was ihm das Gesetz hier als besondere Vergünstigung einräumen will, nur, wenn er

1) „erst nach" Eintritt des Verzugs seine Frist setzt,
2) eine Frist (ziffermäßig) „bestimmt",
3) wenn die Frist, die er setzt, eine „angemessene" ist,
4) wenn er hiebei „erklärt", daß er die Leistung nach Ablauf der Frist ablehne.

In allen diesen Punkten gehen die Meinungen hierüber auseinander, was die Wirkung ist, wenn der Gläubiger nicht streng nach dem Wortlaut des Gesetzes vorgeht. Bevor wir auf die einzelnen Punkte näher eingehen, mag darauf hingewiesen werden, daß eine zu formalistische Auslegung für viele Fälle die heilsame Neuerung des § 326 illusorisch macht. Ferner wird man bei der Auslegung davon auszugehen haben, daß man es hier nicht mit dem Recht der Kaufleute, von denen Geschäftserfahrung und Formgewandtheit verlangt werden kann, zu thun hat, sondern daß hier eine praktische Regel für jedermann, — als allgemeines, nicht als Sonderrecht, — geschaffen sein soll. Andrerseits ist ebensowenig eine zu freie Auslegung als zulässig zu bezeichnen. Das Streben nach Billigkeit darf nicht zu einer Auslegung über den Willen des Gesetzes hinaus führen. Im einzelnen ist zu bemerken:

a) Jedenfalls ist außer der bei oder nach Anbieten der Gegenleistung geschehenen Mahnung eine besondere Erklärung erforderlich, dahingehend, daß, — vorerst von der Zeitfrage abgesehen — wenn nicht nachgeleistet werde, Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht werde. Ist diese Erklärung ergangen, dann ist aber auch nach Billigkeit der Gläubiger hieran gebunden. Durch seine Fristbestimmung wird der andere Theil zu Bemühungen zwecks Nachleistung

---

[10]) im Gegensatz zum gemeinen Recht, das nur für die Ausnahmsfälle des jetzigen § 326 II ein Rücktrittsrecht kannte.

[11]) vgl. auch die §§ 250; 264 II; 283; 354; 355; 466; 496; 516 II; 542; 634 I; 643; 910 I; 974; 1003; 1056 III; 1133; 1220 I; 1347 II; 2193 II; 2307 II; und dazu den § 415.

[12]) vgl. zum folgenden insbesondere die citierte Frist von Romeick über „Fristbestimmung"; derselbe in der deutschen Juristenzeitung von 1901, S. 493 f.

[13]) S. 25 f.

veranlaßt und der Gläubiger darf nicht während des Fristlaufs mit der Erklärung kommen, er wolle nunmehr den Beweis des § 326 II erbringen[14]).

b) Diese Erklärung kann wirksam erst *nach* Eintritt des Verzugs geschehen. Aus der gleichen Erwägung, daß eine vor Fälligkeit der Forderung erfolgende Erklärung, nicht leisten zu wollen, von einer ausdrücklichen Mahnung nicht entbindet[15]), soll auch hier durch die nach Eintritt des Verzugs abgegebene Erklärung der Schuldner noch einmal deutlich darauf hingewiesen werden, um was es sich jetzt handelt. Hier müßten dringende Zweckmäßigkeitsgründe bestehen, die berechtigen würden, *gegen* den Wortlaut des Gesetzes („Ist der eine Theil im Verzug, so kann . . .) auch eine vor Eintritt des Verzugs abgegebene Erklärung unter Umständen für gültig zu halten[16]), und solche können als bestehend nicht erachtet werden.

Nach Romeick[17]) kann der eine Theil, wenn der andere vor Fälligkeit seiner Leistung bestimmt erklärt, nicht leisten zu wollen, sofort auch *vor* Eintritt dieser Fälligkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder zurücktreten. Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs müsse dann natürlich nach den Verhältnissen zur Fälligkeitszeit *berechnet* werden. Er führt hiezu ungefähr folgendes aus:

α) Wenn der Schuldner *vor* Fälligkeit seiner Leistung sich bestimmt weigere, dieselbe seinerzeit zu machen, so verletze er damit den Vertrag, und der Gläubiger habe ohne weiteres Schadensersatzrechte, wie sie ihm aus Verzug des Schuldners entstehen und zwar gemäß § 276; er brauche sich in diesem Fall eine Leistung zur Verfallzeit überhaupt nicht mehr gefallen zu lassen[18]).

β) Wenn der Gläubiger vor der für die Leistung bestimmten Zeit die Annahme der Leistung bestimmt verweigere, könne der Schuldner schon *vor* der Fälligkeit nach § 295 wörtlich anbieten und dann *sogleich* die Rechte geltend machen, die ihm der Annahmeverzug gewähre[19]).

γ) So komme auch beim gegenseitigen Vertrag in diesem Falle § 326 gar nicht in Betracht, der Gegner des die Erfüllung verweigernden Theils dürfe gemäß § 276 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Zur nähern Begründung führt er eine Entscheidung des 2. Civilsenats des Reichsgerichts[20]) an[21]); hiegegen ist nun anzuführen:

Wenn ein Theil bei gegenseitigem Vertrag vor Fälligkeit seiner Leistung sich bestimmt weigert, seinerseits zu leisten, so enthält dieses Vorgehen zweifellos eine Vertragsverletzung und der Schuldige ist verpflichtet, dem andern Theil allen Schaden zu ersetzen, der ihm hieraus (vielleicht weil er infolgedessen über seine Gegenleistung anderweitig ver-

[14]) ebenso Romeick, cit. S. 81 gegen Schollmeyer, cit. S. 119.
[15]) vgl. § 284 I und § 295, 1. Fall.
[16]) so Denkschrift zum neuen H.G.B. S. 463 f. und Dernburg II, § 98.
[17]) a. a. O., S. 86 f.
[18]) s. insbesondere S. 95.
[19]) so S. 87 f.
[20]) vom 19. Mai 1882, Bd. VII, S. 44.
[21]) vgl. des näheren Romeick selbst, insbesondere S. 94 f.

fügt) entsteht. Aber nirgends steht, daß hieraus unmittelbar ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung entstehe. Wir haben oben[22]) schon ausgeführt, daß Verzug erst durch Mahnung nach Eintritt der Fälligkeit entsteht[23]). Und es kann keineswegs für richtig gehalten werden, daß dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zustehen solle, zu einer Zeit, in der der Schuldner zur Erfüllung noch gar nicht verpflichtet ist.

Weiterhin: Romeick behauptet, dem die Annahme der Leistung vor der für dieselbe bestimmten Zeit verweigernden Gläubiger könne schon in diesem Zeitpunkt gemäß § 295 wirksam wörtlich angeboten werden, und damit entstünden die Rechte des Schuldners aus Annahmeverzug. Für diese Ansicht kann doch § 295 nicht herangezogen werden! Auch ein Annahmeverzug (und von dessen Voraussetzungen handelt § 295) ist erst von der Zeit an denkbar, in welcher der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Wenn Leistung auf 1. April festgesetzt ist und der Gläubiger erklärt am 1. März, er nehme die Leistung seinerzeit nicht an[24]), kann m. E. der Schuldner ein zur Herbeiführung eines Annahmeverzugs nach § 295 genügendes, wörtliches Angebot erst dann vornehmen, wenn der 1. April herangekommen ist; denn vor dieser Zeit durfte er ja auch nicht leisten (vgl. § 299).

Alle andern von Romeick im Anschluß an die angeführte Reichsgerichtsentscheidung und an Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts[25]) für seine Ansicht angeführten Zweckmäßigkeitserwägungen können neben dem bestimmten Gesetzeswortlaut nicht in Betracht kommen. Alle passen auch nur für das Recht der Kaufleute[26]). Da, wo sich Laien gegenüberstehen, ist es nur zweckmäßig, wenn nach Eintrittt des Verzugs eine Erklärung des § 326 Satz 1 — wo § 326II nicht platz greift — verlangt wird, damit dem Säumigen noch einmal deutlich vor Augen geführt wird, welche einschneidenden Nachtheile ihm aus seiner Versäumniß drohen[27]).

c) Weiter kann es nicht für genügend erachtet werden, wenn der Berechtigte erklärt, er werde jetzt von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, und sodann vor Ausführung dieser Ankündigung noch eine angemessene Frist zuwartet, ob nicht doch Erfüllung erfolgen werde, ohne in seiner Erklärung anzudeuten, daß er noch Frist gewähre. Er muß durch seine Erklärung den andern Theil ausdrücklich darauf hinweisen, daß er (innerhalb angemessener Frist) noch zur Realerfüllung berechtigt und verpflichtet sein solle. Ohne die Erklärung, daß noch zugewartet werde, würde der

---

[22]) S. 38.

[23]) auch wenn dieser Verzug entstanden ist, hat der Gläubiger nach den allgemeinen Regeln nicht ohne weiteres das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (vgl. § 286).

[24]) vgl. das Beispiel bei Romeick, a. a. O., S. 89.

[25]) vgl. Romeick, S. 97.

[26]) vgl. oben S. 40.

[27]) ähnlich Staub, Exkurs zu § 374, Anm. 74 f.

Säumige eventuell durch die Erklärung nur irre geführt. Dagegen wird man hiebei auf einen bestimmten Wortlaut nicht Werth legen dürfen. Es wird genügen, wenn aus der Erklärung hervorgeht, daß, wenn nicht in Kürze geleistet werde, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt geltend gemacht werde[28]). Dernburg stützt sich auch hier auf die Lehre des alten Handelsrechts. Dort lag aber die Sache insofern anders, als in Art. 356 gesagt war, der Berechtigte hat eine Frist zu „gewähren." Darnach genügte wohl bloses Zuwarten, nicht so nach dem B.G.B.

d) Schon aus dem eben Bemerkten geht indirekt hervor, daß wir das Erforderniß, daß der Berechtigte eine ausdrückliche Zeitangabe zu machen hätte, nicht aufstellen zu dürfen glauben[29]). Staub sagt unter Hinweis auf den Wortlaut: „der Berechtigte kann eine . . . Frist bestimmen . . . . ", eine bestimmte Frist müsse angegeben sein, damit der Säumige wisse, wie lange der andere Theil auf Realleistung rechne. Dies wäre m. E. eine zu wörtliche Auslegung des Gesetzes, die der billigen Rücksicht auf die Interessen des Berechtigten vielfach zuwiderlaufen würde. Es muß genügen, wenn der Berechtigte erklärt, er wolle noch eine angemessene Zeit zuwarten. Näher hierauf kann erst eingegangen werden, wenn wir die Frage prüfen, welche Folgen hieraus entstehen, daß der Berechtigte eine bestimmte Frist setzt, daß diese aber nicht als „angemessene" erscheint[30]) (s. unter e).

e) Zur Erörterung bleibt noch die Frage, wie es mit der Wirksamkeit einer Erklärung des Berechtigten steht, in der er eine bestimmte, aber nicht angemessene Frist setzt.

Setzt der Berechtigte eine zu lange Frist, so räumt er damit, für ihn seinerseits wenigstens bindend, dem Säumigen das Recht ein, noch bis zum Ende dieser Frist seine Sachleistung nachzuholen. Ist jedoch die Frist, die er setzt, zu kurz, also nach den Verhältnissen des gegebenen Falls für den Zweck, dem Säumigen entsprechende Zeit zur Beseitigung seiner Versäumniß zu gewähren, unangemessen und unbillig, so fragt sich, welche Wirkung, eventuell ob überhaupt eine Wirkung aus dieser Erklärung entsteht:

α) nach Cosack und Dernburg wird in allen Fällen, in denen der Berechtigte entweder erklärt, eine „angemessene" Frist zuwarten zu wollen,

---

[28]) ähnlich: Planck-André a. a. O., Schollmeyer zu § 250, anders Dernburg a. a. O.

[29]) Anders Staub, a. a. O. und Romeick, a. a. O.; s. unten.

[30]) Eben deshalb befinden wir uns hier nur in scheinbarem Widerspruch mit Romeick (cit. S. 35). Dort wird aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nachgewiesen, daß dieses Fristbestimmungsrecht dem Gläubiger als Ersatz einer gesetzlichen, bezw. richterlichen Fristbestimmung aus Zweckmäßigkeitsgründen zur Verfügung gestellt sei, und daß vor allem deshalb der Gläubiger eine bestimmte Frist setzen müsse. Im weiteren (S. 40) f. lehrt jedoch Romeick, dies sei nur eine Sollvorschrift, auch die Erklärung „eine angemessene Frist setzen zu wollen" sei wirksam, und setze eine angemessene Frist in Lauf. Das Letztere versuchen wir ebenfalls — Romeick's Schrift kam uns erst kurz vor Drucklegung dieser Arbeit zu Gesicht — unten auszuführen; und wenn die Forderung der Bestimmtheit der Frist keinerlei „Versäumnißfolgen" mit sich bringt, so verliert doch m. E. das Verlangen einer bestimmten Frist jede materielle Bedeutung.

oder in denen er eine bestimmte, aber zu kurze Frist bestimmt, eine angemessene Frist in Lauf gesetzt. Ob die bestimmte Frist „angemessen" war oder ob der Schuldner nach Ablauf dieser Frist „innerhalb angemessener Frist" geleistet hat, hat eventuell nachträglich das Gericht zu bestimmen.

β) Auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehen Planck-André und Schollmeyer: Eine zu kurze Frist mache die ganze Erklärung unwirksam; die Voraussetzung der Rechte in § 326 Satz 1 sei, daß eine angemessene Frist bestimmt werde, werde keine angemessene Frist bestimmt, so sei diese Voraussetzung nicht eingetreten und die ganze Erklärung sei unwirksam[31]). Bei Planck-André ist diese schroffe Meinung dahin eingeschränkt, daß gesagt wird: „Man müsse prüfen, ob die Erklärung des Berechtigten so gemeint sei, daß er entweder die von ihm bestimmte oder gar keine Frist gelten lassen wolle. Es könne auch sein, und dies sei auch wirksam, daß er nur sagen wolle: „ich will eine angemessene Frist bestimmen, m. E. ist eine 8-(2c.)tägige angemessen." Wenn so der Berechtigte nur einen Vorschlag, was angemessen sei, machen wolle, dann sei dies so auszulegen, daß er auch nach dieser Frist noch Erfüllung annehmen wolle, wenn diese in thatsächlich angemessener Zeit erfolge. Und diese Art der Fristsetzung sei vom Gesetz nicht verboten.

γ) Eine dritte Auffassung[32]) geht dahin: Wenn der Gläubiger eine im vorliegenden Fall nach allgemeinen Gesichtspunkten zu kurze Frist setze, dann sei diese dennoch dann als wirksam und bindend anzusehen, wenn der andere Theil auf diese Erklärung hin keinen Widerspruch erhebe; durch sein Schweigen gebe er zu erkennen, daß er an der Frist nichts auszusetzen habe. Wenn er mit Gründen widerspreche, dann könne er auch nach Ablauf der Frist noch erfüllen und der Richter habe dann zu prüfen, ob er wirklich in angemessener Zeit erfüllt habe.

M. E. nun ist davon auszugehen, daß der Vorschrift des Gesetzes genügt ist, wenn der Berechtigte erklärt, noch eine angemessene Frist zuwarten zu wollen, und zwar muß dies m. E. deshalb genügen, weil in der Regel keiner von beiden allein von seinem (subjektiven) Standpunkt aus ermessen kann, welche Frist bei billiger Erwägung der eigenen und der gegnerischen Interessen angemessen ist. Aus dem Wortlaut des Gesetzes abzuleiten, daß eine bestimmte Frist genannt sein müsse (eine Frist . . . „bestimmen"), ist wohl zu formalistisch und auch nicht aus Zweckmäßigkeitserwägungen zu vertreten[33]). Eine derartige Rücksicht braucht auf den Säumigen nicht genommen zu werden, daß man eine bestimmte Frist verlangt, „damit dieser sehen könne, bis zu welchem Zeitpunkt der ver-

[31]) ebenso Oertmann, a. a. O zu § 250.

[32]) Staub, a. a. O. Anm. 77 f.

[33]) Vorausgesetzt, daß man an eine Fristsetzung ohne Bestimmung einer Zeit in der Sache nachtheilige Folgen knüpft. Es ist ja zuzugeben, daß es für den andern Theil zweckmäßiger ist, wenn er erfährt, welche Frist der Gläubiger für angemessen hält. Dies kann das Gesetz auch durch das Wort „bestimmen" ausdrücken wollen. Aber das Verlangen, daß eine bestimmte Frist angegeben sein müsse, aufzustellen, hat wohl von diesem Standpunkt aus keinen praktischen Werth; vergl. oben Anm. 20.

tragstreue Theil auf Erfüllung rechne“[34]). Diese Frage kann er sich ebenso gut und ebenso schlecht, wie der Berechtigte von *seinem* Standpunkt aus beantworten, wenn ihm, unbestimmt, eine angemessene Frist gesetzt wird. Ebenso wenig entspricht m. E. dem Sinn des Gesetzes der Standpunkt, daß der Säumige durch sein Schweigen auf eine ihm zu kurz bestimmte Frist diese zur angemessenen mache. Einmal ist es bedenklich, ohne Gesetzesvorschrift aus dem Schweigen hier allgemeine Folgerungen zu ziehen, und dann soll der Berechtigte eben eine *angemessene* Frist gewähren und nicht eine an sich zu kurze, der nur vielleicht der bedrängte Schuldner aus Schüchternheit oder anderem Grund nicht widerspricht. Es kann nicht für richtig gehalten werden, wenn allgemein behauptet wird, es sei arglistig, wenn der Säumige auf eine (zu kurze) Fristbestimmung hin schweige und dann *nach* Ablauf dieser, aber innerhalb einer von ihm für angemessen erachteten Frist die Erfüllung anbiete. Dies *kann* nach den Umständen eines einzelnen Falles dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, wenn z. B. nach nur dem Säumigen bekannten Verhältnissen eine an sich angemessene Frist im bestimmten Fall unangemessen erscheint, aber allgemein wird dieses nicht als arglistig bezeichnet werden dürfen.

Aus denselben Gründen wird aber wohl nicht gebilligt werden können, daß das Setzen einer zu kurzen Frist die Erklärung des § 326 S. 1 unwirksam mache. Es ist ja richtig, daß der Berechtigte durch seine Fristsetzung Rechte gewinnt und Rechte (vor allem das auf Sachleistung) verliert. Darnach, ist zu sagen, kommt es auf ihn an, ob er eine Erklärung mit (Fristsetzung und) den Konsequenzen des § 326 S. 1 abgeben will. Aber wenn er diese Erklärung abgibt, treten diese Wirkungen ein, wenn eine angemessene Frist abgelaufen ist. Es *kann* aus seiner Erklärung hervorgehen: „ich will unter Zurückweisung der Realleistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktrittsrecht geltend machen *nur*, wenn die Leistung in bestimmter (zu kurz erscheinender) Frist nicht erfolgt.“ Damit erreicht er aber nur, was das Gesetz bewirken will. Denn wenn die Leistung innerhalb dieser kurzen Zeit nicht erfolgt, muß er sie eben später annehmen, wenn der Säumige sie innerhalb wirklich angemessener Frist anbietet. Also, wenn der Berechtigte eine zu kurze Frist setzt, dann wird eben in der Regel eine angemessene Frist in Lauf gesetzt, es kann sein, daß ein Nichterklären auf eine solche Fristsetzung im einzelnen Fall dolos ist, aber dies ist nicht als Regel anzunehmen[35])[36]). Dies Resultat bleibt bestehen, auch wenn man sich nicht mit der etwas bedenklichen Schlußfolgerung, die Cosack an das Wort „rechtzeitig“ in § 326 I S. 2 stützt, einverstanden erklären kann; mit Recht weist *hiegegen* Planck-André auf den Wortlaut der §§ 354, 355 hin. Mit der Wendung: „wenn . . . nicht recht-

---

[34]) so Staub, a. a. O.
[35]) vgl. R.G. VII, S. 79.
[36]) ähnlich, wie nachträglich von uns festgestellt werden konnte: Romeick, a. a. O. S. 41 f.

zeitig erfolgt", soll wohl nur eine Bestimmung über die Beweislast[37]) gegeben sein. Ebenso wenig ist nach dem eben Ausgeführten als richtig anzuerkennen, wenn Cosack sagt, es genüge auch, wenn der Berechtigte ausdrücklich erkläre, er werde keine Frist gewähren. Man kann dem Säumigen nicht zumuthen, innerhalb angemessener Frist Erfüllung anzubieten, wenn solche derart unmittelbar abgelehnt wird. Diese Meinung widerspricht auch dem Gesetz aufs schärfste. Wir erkennen ja an, daß eine zu kurze Frist eine angemessene in Lauf setzt, daß sonach der Säumige hier auch noch leisten soll, wenn der Gläubiger nach seiner Erklärung keine Leistung mehr will. Dies kann man von ihm verlangen, wenn der Gläubiger offenbar, ohne Chikane, die Frist zu kurz bemessen hat, wenn er, der Säumige, ersehen kann, daß der andere Theil noch eine (auch nur vermeintlich) billige Frist gewähren will, nicht aber, wenn der Gläubiger chikanös gar keine Frist zu geben erklärt.

Hat nun bei Verzug des Schuldners der Berechtigte seine Erklärung im Sinn des § 326 S. 1, wie soeben besprochen, abgegeben und leistet der Säumige auch innerhalb dieser ihm gewährten angemessenen Frist nicht, dann kann der andere Theil, wie schon eingangs berührt, zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (vgl. den vorhergehenden §).

3) Einer besonderen Besprechung bedarf noch der Fall, daß der Schuldige bis zum Ablauf der Frist theilweise geleistet hat:

Das Recht auf Schadensersatz oder Rücktritt besteht, wenn die Leistung nicht rechtzeitig bewirkt wird; der Anspruch auf Realerfüllung ist damit ausgeschlossen. Wird innerhalb der Frist Theilleistung angeboten, so kann diese der andere Theil zurückweisen (§ 266 B.G.B.). Nimmt er sie an in der Erwartung, daß der fehlende Theil innerhalb der Frist noch geleistet werde, dann soll er in der Regel, wenn die Frist bezüglich des Restes fruchtlos abgelaufen ist, nicht befugt sein, die Theilleistung zurückzuschlagen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung zu verlangen, bezw. in vollem Umfang zurückzutreten, sondern er soll diese Rechte nur hinsichtlich des fehlenden Theils der Leistung auszuüben befugt sein, mit Einer Ausnahme: Wenn die theilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat (und er dies nachweist), soll er wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit Schadensersatz verlangen oder vom ganzen Vertrag zurücktreten dürfen (§ 326 I S. 3) Wir befinden uns mit diesen Ausführungen im Einklang mit der Mehrzahl der Kommentatoren, dagegen im Widerspruch mit der lebhaft verfochtenen Ansicht von Romeick[38]): Romeick vertritt hier (wie zu § 283 II)[39]) die Anschauung, daß auch im Fall dieses § 326 I S. 3 noch einmal das Fristsetzungsverfahren des § 326 I Satz 1 vorzunehmen sei, daß dieses auch hier den (von ihm sogenannten) „Interessewegfallbeweis" ersetze; das gehe daraus hervor, daß das B.G.B. die Fristsetzung

---

[37]) s. unten, S. 47.
[38]) vgl. Romeick, S. 69 f.
[39]) s. unten § 7, I, a. E.

in unserer Materie allgemein als Ersatz des Interessewegfallbeweises eingeführt habe und daß dieser Satz 3 nur eine entsprechende Anwendung des § 325 I S. 2 vorschreibe. M. E. liegt hiebei ein Irrthum insofern zu Grunde, als außer Acht gelassen ist, daß es hier zweierlei Arten von Interessewegfallbeweis gibt: das eine Mal handelt es sich um den Beweis, daß spätere Erfüllung und das andere Mal, daß theilweise Leistung kein Interesse für den Gläubiger habe. Den ersteren Beweis ersetzt das Fristbestimmungsverfahren, gelingt der letztere nicht, dann muß sich der Gläubiger die einmal angenommene Theilleistung eben gefallen lassen. Wenn (im Normalfall des § 326 I S. 1) dem Gläubiger der Nachweis des mangelnden Interesses an späterer Leistung nicht gelingt, muß er unter Fristsetzung (wie geschildert) eine angemessene Zeit noch zuwarten. Wenn jedoch diese Frist abgelaufen, und zu dieser Zeit nur theilweise geleistet ist, dann hat der Gläubiger nicht die Wahl, noch zuzuwarten und dann seine Rechte wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung zu machen (wenn ihm der Interessewegfallbeweis nicht gelingt), sondern er muß entweder die Theilleistung gelten lassen und sofort die Rechte auf Schadensersatz oder Rücktritt wegen des fehlenden Theils geltend machen oder andernfalls den Wegfall seines Interesses an der Theilleistung nachweisen. In allen Fällen, in denen das Gesetz ein vom Gläubiger in Gang zu setzendes Fristsetzungsverfahren eingeführt hat, soll dasselbe zur Klärung der Rechtslage dienen: Kommt der Schuldner bei gegenseitigem Vertrag in Verzug, so soll sich entscheiden, ob der Gläubiger sich noch Realerfüllung gefallen lassen muß oder ob er (nach Ablauf der Frist) auf Ausübung des Rücktritts, bezw. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung beschränkt sein soll (§ 326 I Satz 2, 2. Hälfte). Ist am Ende dieser Frist theilweise nicht geleistet, dann ist hiedurch dargethan, daß der Schuldner innerhalb einer angemessenen Frist nicht „die Leistung" bewirken kann oder will. Damit ist das Recht des Gläubigers auf Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung entstanden, entweder hinsichtlich des fehlenden Theils der Leistung oder aber, wenn er den Mangel des Interesses an theilweiser Vertragserfüllung beweist, hinsichtlich der ganzen Leistung. Hier dreht es sich nur um diese Frage und hierüber kann sofort entschieden werden, eine neue Fristsetzung würde keine Klärung bringen und dem wohlverstandenen Interesse des Gläubigers auch nicht dienen: Würde innerhalb der etwaigen zweiten Frist der Rest der Leistung nachgeliefert, dann hätte damit der Gläubiger nur eine längere Frist, als angemessen war, zur Nachleistung gewährt. Wäre auch nach Ablauf dieser Frist der Rest nicht geleistet und könnte nun der Gläubiger seine Rechte geltend machen, wie wenn gar nichts geleistet worden wäre, so wäre auch damit für die Frage, ob am Ende der ersten Frist eine Theilerfüllung seinem Interesse ensprochen hätte, nichts entschieden — und nur eventuell der Schuldner unbillig benachtheiligt: denn wenn nach Ablauf der ersten Frist es dem berechtigten Interesse des Gläubigers nicht widersprochen hätte, die Theilleistung gelten zu lassen, wäre es unbillig, wenn der Schuldner nach Ablauf der neuen Frist auch seine Theilleistung zurücknehmen müßte, während doch schon durch Ablauf der ersten

angemessenen Frist dargethan ist, daß er nicht rechtzeitig vollständig erfüllen kann. Ein anderes ergibt sich auch nicht aus dem Wortlaut des § 326:

Das „entsprechend" in Satz 3[40]) bedeutet, daß der Gläubiger, wie bei der theilweisen Unmöglichkeit, auch hier an sich Theilleistung annehmen muß, daß er Rechte wie in Satz 1 und 2 hier wie dort nur geltend machen kann, wenn theilweise Realerfüllung für ihn kein Interesse hat. Das „entsprechend" ist nicht überflüssig, weil § 325 von theilweiser Unmöglichkeit spricht. Ebenso ist § 326 II hiemit nicht im Widerspruch, wenn er das Fristbestimmungsverfahren für den ganzen Absatz 1 durch den Interessenwegfallbeweis ersetzt. Denn Satz 3 des Absatz 1 spricht selbst schon von einem Interessewegfallbeweis, deshalb kann Abs. 2 sich sinngemäß nur auf Sätze 1 und 2 des Absatz 1 beziehen[41])[42]).

4. Die Rechte auf Rücktritt, bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung stehen nun aber dem Nichtsäumigen auch ohne Fristsetzung zu, wenn eine spätere Leistung für ihn kein Interesse mehr hat, s. § 326 II. Wann dieser Fall gegeben ist, ist Thatfrage.

III. Die Beweislastfrage macht hier keine besonderen Schwierigkeiten. Der „Berechtigte" muß beweisen, daß der andere Theil im Verzug ist, daß er ihm in gesetzmäßiger Form eine angemessene Frist gesetzt hat und diese abgelaufen ist, bezw. daß die spätere Leistung für ihn kein Interesse mehr hat. Der Beklagte hat zu beweisen, daß er — falls eine Frist gesetzt wurde — innerhalb derselben Erfüllung angeboten habe.

§ 7.

Die Bestimmungen des B.G.B. in § 325 II und § 327.

I. Wenn bei gegenseitigem Vertrag der eine Theil, weil ihm das Geschuldete nicht geleistet wird, das Recht des Rücktritts oder den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen will, so muß er im allgemeinen nach den in §§ 5, 6 entwickelten Regeln entweder nachweisen, daß der andere Theil im Leistungsverzug ist, oder daß dessen Leistung unmöglich geworden ist. Ebenso muß im allgemeinen der, der gemäß § 323 geltend machen will, daß seine Leistungspflicht weggefallen sei, nachweisen, daß die Leistung des andern Theils unmöglich geworden ist. Alle diese Rechte des § 325 I soll nun bei gegenseitigem Vertrag der eine Theil ohne solchen Nachweis haben, wenn er gegen seinen Gegner ein rechtskräftiges Leistungsurtheil erlangt und dem Gegner dann eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt hat, daß er die Annahme nach Ablauf der Frist ablehne, und wenn dann diese Frist ohne Leistung abgelaufen ist. Dies will § 325 II besagen. Hier genügt für den Berechtigten der Nachweis, daß er ein rechtskräftiges Urtheil erwirkt

---

[40]) vgl. Romeick S. 78.

[41]) über § 325 II, bezw. § 283 II vgl. unten § 7, I (a. E.).

[42]) vgl. hiezu noch § 255 C.P.O. und hierüber die m. E. im vollen Umfang richtigen Ausführungen bei Romeick, a. a. O., S. 103 f.

und sodann eine angemessene Nachfrist mit der eben genannten Erklärung bestimmt habe; hiedurch erhält er ohne die Voraussetzungen der §§ 325 I, 326 ein Recht auf Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung, oder kann er gemäß § 323 die Leistung verweigern, falls nicht der andere Theil beweist, daß er innerhalb der Frist geleistet habe oder daß er die Nichtleistung nicht zu vertreten habe. Ersterenfalls fallen alle diese Rechte des Gläubigers zusammen, letzterenfalls verliert er nur das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Dies muß nach dem Inhalt all dieser Vorschriften für § 325 II wie für § 283 gelten. Nach der Fassung des § 325 II könnte es scheinen, als ob der Berechtigte stets alle Rechte des § 325 I habe — also auch das auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung —, wenn nur der äußere Thatbestand des § 283 vorliege, d. h. wenn der Berechtigte nach rechtskräftigem Urtheil eine Frist mit der Erklärung ꝛc. bestimmt habe und eine angemessene Frist ohne Nachleistung abgelaufen sei[1]. Aber auch hier muß der Säumige sich gegen den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wirksam vertheidigen können, wenn er den Nachweis erbringt, daß er die Nichtleistung nicht zu vertreten hat[2]).

Wird bis zum Ablauf der Frist nur theilweise nicht geleistet, so gilt hier das Gleiche, wie es oben bei § 326 I S. 3 ausgeführt wurde[3]). Auch hier muß sich der Gläubiger in der Regel die Theilleistung gefallen lassen; nur wenn solche für ihn kein Interesse hat, kann er „auch"[4]) hier die Rechte des § 280 II geltend machen. Ein neues Fristsetzungsverfahren findet aus den oben angeführten Gründen auch hier nicht statt.

II. Wenn in den Fällen der §§ 325, 326 der Berechtigte erklärt, zurücktreten zu wollen, so wird hiemit der Vertrag hinfällig und die Parteien haben nach ausdrücklicher Vorschrift des § 327, Satz 1 regelmäßig sich das schon Geleistete, anders als im Fall des § 323, nach den strengen Regeln vom vertragsmäßigen Rücktrittsrecht zurückzugewähren. Hievon ist nur Eine Ausnahme zugelassen, zwar für den Rücktrittsberechtigten nie, weil dieser nach Ansicht des Gesetzes[5]) stets mit einem eventuellen Zurückgeben rechnen muß und kann; wohl aber für den Gegner des Rücktrittsberechtigten[6]). Dieser soll nur nach den Regeln über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung haften, wenn er den Umstand, wegen dessen der Rücktritt erfolgt, nicht zu vertreten hat. Wann liegt nun ein derartiger Fall vor? § 326 muß hier vollständig ausscheiden, denn hier ist ja Verzug vorausgesetzt und dieser kann nur eintreten, wenn der Säumige das Ausbleiben der Leistung zu vertreten hat. Ebenso muß, was keiner näheren Begründung bedarf, § 325 I außer Betracht bleiben. Folglich bleibt für die Anwendbarkeit des § 327 S. 2 nur der Fall des § 325 II dann, wenn der Säumige

---

[1]) so in der That Cosack, a. a. O.
[2]) so mit Recht Planck-André, a. a. O.
[3]) vgl. oben § 6 II nr. 3, und Romeick, wie dort citiert.
[4]) so erklärt sich m. E. das „auch" in § 283 II, das Romeick a. a. O. für seine abweichende Ansicht anführt.
[5]) vgl. Prot., S. 652 f.
[6]) vgl. unten, S. 72.

nachweist, daß er den Umstand, der die Nichtleistung verursacht, nicht zu vertreten hat. Im Entwurf (1. Lesung) wurde in dieser Materie noch das unten zu besprechende Fixgeschäft behandelt, und nach ausdrücklicher Angabe in den Protokollen[7]) wurde die Bestimmung des jetzigen § 327 Satz 2 vor allem für diese Verträge gegeben; nachdem diese nun aber im Gesetz selbst hier nicht mehr behandelt werden, ist jener Satz unmittelbar[8]) nur noch von untergeordneter Bedeutung[9]).

§ 8.

Das Fixgeschäft im B.G.B.

I. Im gemeinen Recht war das Fixgeschäft in Art und Wirkungen nur im Handelsgesetzbuch (Art. 357) ausdrücklich geregelt und hiezu kam die Bestimmung des § 16 der Konkursordnung für eine bestimmte Art von Fixgeschäften. Allgemeine Regeln gab es hierüber im gemeinen Recht nicht, es wurde im Gegentheil überall das Prinzip betont, daß, wenn nicht Gesetz oder Vertrag eine Ausnahme statuiere, der eine Theil bei gegenseitigem Vertrag an seine Leistung gebunden bleibe, auch wenn der andere nicht erfülle[1]).

Das B.G.B. bestimmt nun, daß „im Zweifel" in einem gegenseitigen Vertrag der eine Theil zum Rücktritt (ohne die Voraussetzungen des obigen § 6) berechtigt sein soll, wenn vereinbart sei, daß die Leistung des andern Theils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden solle, und die Leistung nicht demgemäß erfolge.

II. Während das alte Handelsgesetzbuch nur ein Fixgeschäft der Art kannte, daß die „Lieferung" (des Verkäufers) festbestimmt, „fix" war, bestimmt das neue in übereinstimmendem Wortlaut mit dem B.G.B. das Fixgeschäft, wie eben unter I angeführt. Es muß für die Erfüllung des einen oder andern Theils eine feste Zeit oder bestimmte Frist festgesetzt sein und diese Bestimmung muß einen wesentlichen Bestandtheil des Vertragsinhalts bilden, es genügt nicht, daß überhaupt eine Zeit oder Frist im Vertrag genannt ist (letzteres ersetzt nur eine etwaige Mahnung: dies interpellat pro homine). Daß nun der Zeitbestimmung diese wichtige Bedeutung im speziellen Vertrag zukommt, daß also ein Fixgeschäft vorliegt, muß sich mit Bestimmtheit aus dem Inhalt des Vertrags ergeben, entweder aus dem Wortlaut oder aus sonstigen besonderen Umständen. Aber auch wenn die Zeit im speziellen Vertrag diese wichtige Rolle spielt, liegt nicht stets ein Fixgeschäft im technischen Sinn vor. Die fix bestimmte Leistung muß an sich auch nach Ablauf der Frist noch möglich sein. Wenn ich z. B. eine Droschke bestelle, mit der Erklärung, ich wolle am 25. November abends 7 Uhr ins Theater

[7]) dort S. 653.
[8]) vgl. unten, S. 51.
[9]) vgl. hiezu den speziellen Fall des § 636 B.G.B.
[1]) Mot., S. 195, Windscheid, § 321, 2.

fahren, und der Kutscher kommt nicht zur Zeit, dann ist hiedurch seine Leistung eben unmöglich geworden und die Regeln der §§ 323 f. treten ein. Es kann von Anwendung der Regeln des Fixgeschäfts keine Rede sein; denn hier noch einen Rücktritt zu erklären, wäre Unsinn.

Handelt es sich nun um ein Fixgeschäft, dann soll nach dem B.G.B. „im Zweifel anzunehmen sein", daß der eine Theil zum Rücktritt berechtigt sei. In der Kommission der zweiten Lesung[2]) wurde beantragt, das Fixgeschäft mehr dem Inhalt des Handelsrechts entsprechend zu regeln, wonach eine Erklärung des Berechtigten erforderlich ist, wenn er auf Erfüllung trotz der Verspätung bestehen will. Dies wurde mit Recht abgelehnt mit der Begründung, daß das Fixgeschäft des Handelsrechts einen ganz bestimmten Charakter trage, regelmäßig zu Spekulationszwecken diene und vielfach in ein reines Differenzgeschäft übergehe. Das Fixgeschäft des bürgerlichen Rechts bezwecke aber regelmäßig nur, den andern Theil zur pünktlichen Vertragserfüllung anzuspornen.

Sonach ergiebt sich für das B.G.B. folgende Regelung: Wer sich auf Rechte aus einem Fixgeschäft (§ 361) stützt, muß nachweisen, daß ein solches vorliegt und daß er den Rücktritt erklärt hat. Sache des andern Theil ist es dann, die gesetzliche Vermuthung — denn nur eine solche stellt § 361 auf —, daß sofortiges Rücktrittsrecht bestehe, durch den Beweis zu entkräften, daß nach bestimmter Vertragsabrede oder nach dem sonstigen Inhalt des Vertrags Versäumniß der rechtzeitigen Lieferung zum sofortigen Rücktritt nicht berechtige. Der eine Theil ist nun aber „im Zweifel" nur berechtigt, nicht verpflichtet, sofort eine Rücktrittserklärung abzugeben, jedoch kann ein unbilliges Hinauszögern durch Fristbestimmung gemäß § 355 verhindert werden. Dieses Rücktrittsrecht besteht unabhängig davon, ob der andere Theil den Umstand der zur Versäumung rechtzeitiger Lieferung führt, zu vertreten hat oder nicht. — § 361 ist nun im direkten Anschluß an §§ 325 f. zu behandeln, wenn eine richtige Auslegung dieser Bestimmung erreicht werden will; vor allem muß dies bei Beurtheilung der Frage im Auge behalten werden, ob die Bestimmung des § 327 S. 2 im B.G.B. materiell auch auf § 361 anwendbar ist:

Beim gegenseitigen Vertrag entsteht für den einen Theil (abgesehen von speziellen Vertragsabreden) ein Rücktrittsrecht

1. wenn die Leistung des andern Theils nachträglich unmöglich wurde, durch einen Umstand, den dieser zu vertreten hat, (§ 325 I),
2. im Fall des § 325 II (s. o.),
3. wenn er nachweisen kann,
   a) daß der andere Theil im Verzug ist,
   b) daß eine spätere Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat, oder daß eine formrichtig gestellte angemessene Frist (326 I) abgelaufen ist.
4. wenn er nachweist, daß ein Fixgeschäft vorliegt.

War nun bei Geltendmachung dieses Rücktrittsrechts auf einer oder beiden Seiten schon theilweise geleistet worden, so erhebt sich, — vorerst

[2]) vgl. Prot., S. 641 f.

abgesehen von der Regelung des B.G.B. — in allen diesen Fällen m. E. gleichmäßig die Frage, in welcher Weise das Geleistete zurückzugewähren sei, ob nach Bereicherungsgrundsätzen oder nach den strengeren Regeln, die das B.G.B. für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht gegeben hat?

Was den Berechtigten anlangt, so kommt bei ihm in Betracht, daß er entweder bei vorzeitiger Leistung damit rechnen mußte, daß er eventuell später zum Rücktritt gedrängt werden könne, oder daß er jedenfalls nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Rücktritts hat (es stehen ihm in allen Fällen zu 1 bis 4 noch andere Wege offen, um zu seinem vollen Recht zu kommen). Aus diesen beiden Gesichtspunkten rechtfertigt sich, daß für ihn stets eine strenge Rückgewährspflicht im Sinne der §§ 346 f. bestimmt wird. Eben diese strengere Rückgewährspflicht ist für den andern Theil billig, wenn er den Umstand, der zum Rücktritt führt, zu vertreten hat. Wenn nun aber der eine Theil zum Rücktritt berechtigt ist und diesen erklärt, in einem Fall, in dem der andere Theil diesen Umstand nicht zu vertreten hat, so wäre es unbillig, wenn der letztere auch hier das, was er unentreißbar zu haben glaubte und nun ohne sein Verschulden zurückgewähren muß, nach den strengen Regeln des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts zurückgewähren müßte. Hier kann nur eine Haftung nach Bereicherungsgrundsätzen als billig anerkannt werden. Diese Regel der Billigkeit gibt nun das B.G.B. unmittelbar nur für die Fälle oben Z. 1—3, d. h. also nur für den Fall des § 325 II (wenn kein Verschulden vorliegt), nicht aber für den Fall Z. 4, für das Fixgeschäft. Soll nun hier dieser Billigkeitsgrundsatz in Anklammerung an den Wortlaut der Bestimmungen nicht angewendet werden können?[3]) Betrachten wir die schon oben[4]) angedeutete Fassung des Entwurfs 1. Lesung. Darnach war der damalige § 361 (gleichlautend mit dem heutigen) in den Abschnitt über gegenseitige Verträge eingefügt und § 327 S. 2, damals als letzter Absatz zum § 369 c vorgeschlagen und angenommen, sollte nach den Ausführungen in den Protokollen[5]) vor allem für den Fall des § 361 gelten. Nachdem nun auf Antrag des Justizausschusses vom Bundesrath der damalige § 361 als 351 (jetzt 361) aus der Materie des gegenseitigen Vertrags heraus in die Lehre vom Rücktrittsrecht gestellt war (Entwurf—Reichstagsvorlage), wurde dem jetzigen § 327 S. 2 das Hauptanwendungsgebiet entzogen. Dennoch ist nicht ersichtlich, ob in diesem Punkt eine materielle Aenderung mit dieser Verschiebung beabsichtigt war. Aus obigen Billigkeitsgründen wird man auch bei dieser Fassung die Bestimmung des § 327 S. 2 materiell auch auf § 361 anwenden müssen[6]). Es kann nach dem Angeführten nicht als unbillig angesehen werden, wenn in solchem Fall der Zurücktretende strenger haftet, als der (unschuldig) Säumige.

Auch hier ist der Rücktritt an sich erst nach Eintritt der Endzeit

---

[3]) so anscheinend Planck-André, Anmerkung zu § 327 (a. E.).
[4]) S. 50.
[5]) s. dort S. 653.
[6]) so auch Endemann, § 148 Anm. 22.

für die fixe Leistung zu erklären. Doch wird hier[7]) unter Umständen auch früher schon, wenn sich bestimmt ergibt, daß der andere Theil nicht zeitig leisten werde, eine Rücktrittserklärung zugelassen werden können[8]). Denn hier braucht nicht erst nachträglich der Säumige auf die Folgen seiner Versäumniß hingewiesen zu werden, diese kennt er ja schon aus dem Vertragsinhalt. Es kann vielmehr auch in seinem Interesse liegen, schon vorzeitig zu erfahren, welche Rechte der andere Theil geltend machen will.

§ 9.

Nachtrag zum I. Theil:

Die zweiseitigen Verträge der Reichskonkursordnung.

Unter der Ueberschrift „Erfüllung der Rechtsgeschäfte" enthält die Konkursordnung Vorschriften über die Einwirkung der Konkurseröffnung auf eine bestimmte Gattung von schwebenden Schuldverhältnissen des Gemeinschuldners: § 17, mit Ausnahmen für einzelne Vertragsarten: §§ 18 f. Auf diese Regeln näher einzugehen würde den Rahmen dieser Abhandlung überschreiten. Hier seien nur einige Bemerkungen über den Sprachgebrauch der K.O. in dieser Materie gemacht:

In der alten Konkursordnung (vom 10. Februar 1877) sprach § 15 (gleichlautend mit dem jetzigen § 17) von „zweiseitigen Verträgen", §§ 16 bis 19 gaben Ausnahmsbestimmungen von § 15 für einzelne Arten von (sagen wir einmal) zweiseitigen Verträgen, und § 20 gab einen Vorbehalt für besondere Bestimmungen der Reichs- oder Landesgesetze für einzelne Rechtsverhältnisse, die nicht unter §§ 16—19 fallen. Aus den Motiven zu diesem § 20 geht hervor, daß man streitig war, ob dieser Vorbehalt nur für zweiseitige Verträge gelten solle, oder für alle Rechtsverhältnisse. Letztere Meinung drang durch, der Vorbehalt sollte auch für „einseitige" Rechtsverhältnisse gelten. Dieser Streit, der wohl dadurch entstand, weil im ganzen Abschnitt über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte (§§ 15—19) sonst nur von zweiseitigen Verträgen, die Rede war[1]), wird bei der Fassung der neuen K.O. hinfällig, hier enthält der Abschnitt über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte auch Bestimmungen über einseitige Verträge, z. B. § 23 über einen vom Gemeinschuldner ertheilten Auftrag.

Trotz dieser Aenderung wird auch unter der Herrschaft der neuen K.O. der Streit hierüber nicht verschwinden, ob mit „zweiseitigem Vertrag" nur die heute „gegenseitiger Vertrag" genannte Vertragsart gemeint ist, oder ob der Begriff „zweiseitiger Vertrag" ein weiterer ist[2]).

[7]) im Gegensatz zu dem Fall des § 326, s. o.

[8]) ebenso Oertmann, zu § 361, Mot., S. 200.

[1]) vgl. übrigens auch neue (8.) Textausgabe der K. O. von Sydow u. Busch, Anm. 2 zu § 25.

[2]) für letztere Meinung Sarwey-Bossert (1901) zu § 17, Mandry civilrechtl. Inhalt (1898) S. 452 u. a., and. Ansicht: Oetker in „Busch, Zeitschrift f. Civilprozeß", Bd. XIV, S. 26 f.

Die Majorität steht auf dem Standpunkt, daß auch solche Verträge hier gemeint seien, bei denen zwar die Gegenseitigkeit nicht in der Natur des Vertrags liege, bei denen aber im konkreten Fall schon bei Vertragsschluß — ausnahmsweise — sich zwei Vertragsleistungen gegenüberstehen, so z. B. bei der Schenkung unter Auflage. Diese Andeutungen mögen als Ueberleitung zu unserem Theil II hier genügen, es wird dort noch einmal darauf zurückzukommen sein.

2. Theil.

Welche Verträge des Bürgerlichen Gesetzbuchs fallen unter die Bestimmungen der §§ 320—327?

§ 10.

Der Begriff „gegenseitiger Vertrag" im B.G.B.

Wir haben bisher die besonderen Bestimmungen, die das B.G.B. im allgemeinen Theil des Rechts der Schuldverhältnisse für gegenseitige Verträge aufstellt, zu besprechen unternommen. Es soll nun untersucht werden, auf welche Verträge des B.G.B. diese Bestimmungen Anwendung finden können, welches die gegenseitigen Verträge des B.G.B. sind.

I. Das B.G.B. wendet den Ausdruck gegenseitiger Vertrag an, ohne eine (bestimmte) Definition zu geben, was es darunter versteht. Es übernimmt diesen Begriff, wie viele andere, unmittelbar aus dem gemeinen Recht. Wir sind deshalb für die Definition desselben, soweit die Bestimmungen des B.G.B. nicht indirekt Aufschluß gegeben, auf die Definitionen des bisherigen Rechts angewiesen, soweit nicht dieselben in einzelnen Punkten mit bestimmten Vorschriften des B.G.B. unvereinbar sind[1]).

1. Aus dem Wortlaut der §§ 320 f. können wir entnehmen, daß es sich um aus dem Vertrag selbst sich ergebende Leistungspflichten beider Vertragstheile[2]) handelt, und daß diese Leistungspflichten in einem bestimmten Abhängigkeitsverhältniß zu einander stehen. Jede Leistung muß eine „Gegenleistung" für die andere Leistung bilden. Dieses ergibt sich aus dem mehrfach gebrauchten Wort „Gegenleistung". Durch eine Vergleichung der §§ 320 f. mit § 202 und § 273 wird dies bestätigt und ergibt sich außerdem noch deutlicher, daß unter den Begriff „gegenseitiger Vertrag" nur ein Theil der Verträge fällt, bei welchen für beide Vertragstheile Leistungspflichten entstehen. § 202 stellt die Einrede des Zurückbehaltungsrechts als selbständige Einrede neben die des nichterfüllten Vertrags und § 273 spricht von „einem Schuldner, der aus demselben rechtlichen Verhältniß, auf dem seine Verpflichtung beruht", einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, und deutet die Verschiedenheit zu den

---

[1]) vgl. Endemann I, § 10, S. 44.
[2]) so nach § 322.

Fällen der §§ 320 f. dadurch an, daß er nicht von Verweigerung der Leistung bis zur Bewirkung der „Gegenleistung" (§ 322) spricht, sondern von „Verweigerung, bis die ihm (dem Schuldner) gebührende Leistung bewirkt wird".

Ferner kann aus §§ 322, 323 entnommen werden, daß Ziel und Zweck der einen Leistung der Empfang der Gegenleistung ist, Ziel: die Verpflichtung des einen Theils erlischt mit der Leistung, vorher kann er nur Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug verlangen, Zweck: die Leistungspflicht des einen Theils fällt weg, wenn die des andern unmöglich wird (Regel des § 323.)

Kurz zusammengefaßt versteht das B.G.B. unter gegenseitigem Vertrag einen Vertrag, inhaltlich dessen sich von Anfang an zwei Leistungspflichten gegenüberstehen, von denen jede Ziel und Zweck der andern ist und die gegen einander ausgetauscht werden sollen. So wird auch von den neueren Schriftstellern, der Begriff gegenseitiger Vertrag definiert: Planck-André: „Jeder Theil geht seine Verpflichtung nur ein, um die Verpflichtung des andern zu erlangen, Leistung und Gegenleistung sollen gegen einander ausgetauscht werden[3])." Ebenso sagt Cosack: „Jede Leistung ist geradezu Ziel und Zweck der Gegenleistung, jeder Theil gibt sein Versprechen nur ab, um das des Gegners zu erlangen".

2. Genau so wird nun aber auch unser Begriff im gemeinen Recht definiert[4]). Nur ist eben der Begriff „gegenseitiger Vertrag" nicht allgemein gebraucht, wir finden die Bezeichnung „zweiseitiger Vertrag", „entgeltlicher Vertrag", „wechselseitiger Vertrag" und „contractus bilateralis æqualis." Alle diese Bezeichnungen hängen mit der im Pandektenrechte beliebten Klassifizierung aller Verträge zusammen, mit der Abgrenzung von den andern Vertragskategorien des Obligationenrechts.

In allen Pandektenlehrbüchern wird gleichmäßig unterschieden zwischen streng einseitigen Verträgen und zwischen (sit venia verbo!) vollkommen zweiseitigen Verträgen. Dazwischen liegt aber nun ein Gebiet von Verträgen, bei denen nicht nothwendig, aber möglicherweise auf Seiten beider Vertragstheile Leistungspflichten entstehen, und je nach Art der Bezeichnung dieser Verträge hat man unserem gegenseitigen Vertrag seinen Namen gegeben. Die in der Mitte zwischen beiden Grenzgebieten liegenden Verträge nannten die einen „einseitige Verträge, bei denen eine Verpflichtung des Gläubigers nicht ausgeschlossen ist[5])", andere nennen sie „unvollkommen zweiseitige Verträge", „gegenseitige Verträge mit Haupt- und Nebenverpflichtung" „contractus bilaterales inæquales[6])".

Mit Recht erklären schon Wächter[7]) und Sintenis[8]) letztere Bezeichnung für irreführend, denn nur den vollkommen zweiseitigen Verträgen ist wesentlich, daß auf beiden Seiten (korrespondierende) Verpflich-

[3]) ähnlich Endemann II, § 144; Schollmeyer, a. a. O.
[4]) vgl. Windscheid, § 321, Sintenis, Civilrecht, § 93II; Dernburg, Pand., u. a.
[5]) so Windscheid, a. a. O.; Wächter, Pandekten (1881) § 185.
[6]) so Dernburg, Pand. II. § 19; u. a.
[7]) a. a. O.
[8]) Civilrecht, § 82, Anm. 21

tungen entstehen, bei den contractus bilaterales inaequales ist es nur möglich, daß auf beiden Seiten Verpflichtungen entstehen und diese Verpflichtungen sollen nach dem Zweck des Vertrags nicht gegen einander ausgetauscht werden. Wächter führt a. a. O. schon 1881 den von ihm getadelten Begriff „contractus bilateralis inaequalis" als von den älteren Civilisten gebraucht auf. In neuester Zeit operiert wieder Cosack in seinem Lehrbuch mit den Begriffen „vollkommen zweiseitiger Vertrag" und „unvollkommen zweiseitiger Vertrag"; abgesehen von der umständlichen Ausdrucksweise kann diese Begriffsbestimmung nur als verwirrend bezeichnet werden; zumal da dieselbe dem B.G.B. vollständig fremd ist (vgl. unten III.).

3. Nun ist aber noch eine weitere Unterscheidung zu berücksichtigen; es gibt unter den einseitigen Verträgen, die die Entstehung einer Leistungspflicht des Gläubigers ihrem Inhalt nach zulassen, zwei Unterabtheilungen, bei einem Theil kann der Natur des Vertrags nach anfänglich nur Eine Leistungspflicht bestehen, solche des andern Theils können sich erst aus dem schon bestehenden Vertragsverhältniß ergeben, bei der andern Gruppe können von Anfang an Leistungspflichten für beide Theile begründet werden. Und für letztere erhebt sich nun die Frage, ob sie, wenn auf beiden Seiten solche von Anfang an bestimmte Leistungspflichten bestehen, zu „gegenseitigen Verträgen" werden oder nicht. Für das gemeine Recht wurde diese Frage unbedingt verneint von Oetker[9]), für das B.G.B. ist sie unten des näheren zu prüfen[10]).

4. Nach der anderen Seite erhebt sich die Frage, ob alle Verträge, bei denen begriffswesentlich für beide (oder für mehrere) Vertragstheile von Anfang an Verpflichtungen entstehen, als gegenseitige im oben definierten Sinn zu bezeichnen und zu behandeln sind, oder ob auch hier noch Unterscheidungen gemacht werden. Zweifellos sind gegenseitige Verträge im Sinn der §§ 320 f. im B.G.B. der Kauf und die kaufähnlichen Geschäfte, (§ 493), der Tausch, die Miethe, Pacht, Werk-, Dienstvertrag; zu Zweifeln Anlaß gibt in dieser Beziehung die rechtliche Natur des Gesellschaftsvertrags[11]). Die erstgenannten Verträge kennzeichnet das B.G.B. durch den Wortlaut der sie definierenden §§ unmittelbar als gegenseitige Verträge[12]): vgl. den Wortlaut der §§ 433; (493); 535 I; 581 I; 611 I; 631 I; überall sind hier in demselben § die einander entsprechenden Vertragspflichten beider Theile genannt und einander gegenübergestellt.

II. Wenn wir nun im folgenden (wie unter Z. I nr. 3, 4 angedeutet) unternehmen wollen, zu untersuchen, welche Verträge des B.G.B. gegenseitige im Sinn der obigen Definition sind, so bleiben bei dieser Prüfung von vornherein außer Betracht

1. die Verträge, die überhaupt nur Eine Vertragsverpflichtung ihrer Natur nach zulassen, bei denen eine Vertragspflicht des andern die

[9]) in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. XIV, S 25.
[10]) vgl. unten § 11.
[11]) vgl. unten § 12
[12]) wie dies beim Gesellschaftsvertrag liegt, darüber unten.

rechtliche Natur des Geschäfts verändert, so z. B. das Schuldversprechen, § 780[13]);

2. solche Verträge, die wohl als nachträgliche in der Entwicklung des Vertragsverhältnisses entstehende, nicht aber von Anfang an zu begründende Vertragsverbindlichkeiten des Gläubigers zulassen, so die nothwendig unentgeltlichen Verträge: Leihe, Auftrag.

3) In Betracht kommen können nur einerseits die Verträge, die ihrer Natur nach einseitig, eine von Anfang an zu begründende Verbindlichkeit auch des Gläubigers zulassen, so Darlehen, Verwahrung, eventuell Mäklervertrag, Schenkung unter Auflage (?)[14]) und dann andererseits der Gesellschaftsvertrag[15]).

III. Aus unseren Ausführungen zu I ergiebt sich ferner — was in diesem einleitenden § noch angefügt werden mag —, daß der von der Konkursordnung gebrauchte Begriff „zweiseitiger Vertrag", der doch offenbar zu seiner Erläuterung der Hilfe des allgemeinen Civilrechts bedarf, irreführend und nicht genau ist. Wir haben auf die an den § 17 der K.O. sich anknüpfende Kontroverse schon oben in § 9 hingewiesen. Irreführend und ungenau muß der Ausdruck zweiseitiger Vertrag von dem Standpunkt aus genannt werden, daß der Sprachgebrauch der Reichsgesetze übereinstimmen und die angewandten Begriffe sich decken sollen. Vom Standpunkt des allgemeinen bürgerlichen Rechts aus müssen wir infolge der Bestimmungen der §§ 320 f. streng scheiden zwischen gegenseitigen Verträgen und allen andern, so daß der allgemeinere Ausdruck zweiseitige Verträge als irreführend zu vermeiden ist. Die Konkursordnung wählt aber diesen Ausdruck, um einen größeren Umfang Verträge unter ihre Anordnung über die Einwirkung des Konkurses auf die Erfüllung der Rechtsgeschäfte bringen zu können. Zweiseitige Verträge der Konkursordnung sind alle Verträge, bei denen entweder nach ihrer Natur oder im konkreten Fall beide Vertragstheile von Anfang an eine Erfüllungshandlung zu leisten haben (§ 17: „Wenn . . . . . vom Gemeinschuldner und dem von dem anderen Theil nicht . . . . erfüllt ist"). Aus unseren Ausführungen Z. II, insbes. nr. 4, geht hervor, daß als solche nicht nur die ihrer Natur nach gegenseitigen Verträge, sondern auch ein Theil der Verträge, die wir vom Standpunkt des B.G.B. aus an sich als „einseitige, die eine Vertragsleistung des Gläubigers zulassen" bezeichnet haben, in Betracht kommt[16]).

IV. Zuletzt sei hier noch Ein Punkt zur Sprache gebracht, der allgemein für die folgenden Betrachtungen von Bedeutung ist: „Das B.G.B. selbst in §§ 320 f. und sonach auch wir in unserem 1. Theil sprachen stets nur von Leistung und Gegenleistung. Nun entstehen aber in jedem Vertrag ganz verschiedenartige Vertragsverpflichtungen der Parteien, die sich als Leistungen bezeichnen lassen. Auf welche dieser Leistungen finden

[13]) vgl. noch unten S. 59.
[14]) s. u. § 11.
[15]) vgl. oben Z. I, nr. 4 und unten § 12.
[16]) ob diese Verträge dann durch das Vorliegen der Vertragsleistung des Gläubigers zu „gegenseitigen" werden, darüber später; vgl. des näheren § 11.

nun die Bestimmungen über gegenseitige Verträge Anwendung? Es sei in folgendem nur von Einem Beispiel ausgegangen (andere ließen sich leicht anfügen): Beim Kauf hat der Käufer nicht nur die Leistung, den Preis zu bezahlen, zu machen, sondern er hat auch den Kaufgegenstand abzunehmen (§ 433 II)[17]. Die Antwort auf die hier erhobene Frage hat m. E. zweifellos dahin zu gehen, daß die Bestimmungen 320 f. nur auf „die" Leistung und „die" Gegenleistung Anwendung finden kann. Bei jedem gegenseitigen Vertrag ist es auf jeder Vertragsseite nur Eine Leistung, die gegen die andere ausgetauscht wird und die für den Vertrag als gegenseitigen maßgebend ist. Und nur auf diese einander korrespondierenden Leistungen passen alle Bestimmungen: §§ 320–327. Weil wir auf diesem Standpunkt stehen, haben wir diese Frage nicht im 1. Theil unserer Abhandlung, sondern hier zur Sprache gebracht, da wir im folgenden für einzelne Verträge aus der Natur der entstehenden Verbindlichkeiten die hier wesentlichen Fragen zu prüfen haben werden. Ueberhaupt eingegangen auf diesen Punkt sind wir, weil Cosack[18] dem Verkäufer ausdrücklich die Rechte des § 326 einräumt, wenn der Käufer seiner Abnahmepflicht nicht nachkomme; denn der Käufer sei hinsichtlich der Annahme nicht nur Gläubiger, sondern auch Schuldner[19]); ferner weil das neue H.G.B. in einem Spezialfall von derselben Anschauung ausgeht[20]): Beim Spezifikationskauf sind dem Verkäufer die Rechte des § 326 unmittelbar eingeräumt, wenn der Käufer seiner Verpflichtung, die Bestimmung der Beschaffenheit der Ware zu treffen, nicht nachkommt[21]). Zu dieser Bestimmung des § 375 II H.G.B. sagt Staub[22]): „Der irrthümliche Grund, aus dem § 326 für anwendbar erklärt ist, ist nicht Gesetz geworden" (deshalb finde auch für den Verkäufer z. B. § 325 II trotzdem keine Anwendung.) Abweichend von Staub möchte ich eben aus der in H.G.B. § 375 beliebten Verweisung auf § 326 B.G.B. schließen, daß in der Sache selbst der Gesetzgeber hier nicht von dem von uns oben ausgesprochenen Grundsatz abgewichen ist: Auf die Kaufverträge des H.G.B. finden die Bestimmungen der §§ 320 f. B.G.B. unmittelbar Anwendung (soweit nicht im H.G.B. Spezialbestimmungen stehen). Die Spezifikationspflicht des Käufers stellt sich als einen Theil seiner Abnahmepflicht dar[23]). Wenn nun die Bestimmungen über gegenseitige Verträge auch auf die Abnahmepflicht unmittelbar Anwendung fänden, zu welchem Zweck würde es dann in § 375 H.G.B. eines Hinweises auf § 326 bedürfen? Hier soll doch eben nur für den Spezifikationskauf eine Ausnahme gemacht werden. Man kann wohl nicht sagen, § 375 H.G.B. weise nur hin auf die an sich schon in Betracht kommende Bestimmung des § 326 B.G.B..

---

[17]) vgl. hiezu Romeick „Fristbestimmung" S. 56 f., der zu demselben Resultat, wie wir im folgenden, kommt.
[18]) a. a. O § 130; III.
[19]) vgl. auch dort § 144 Anm. 34;
[20]) vgl. H.G.B. § 375.
[21]) vgl. hiezu auch Endemann, B.G.B. § 158 a. E. .
[22]) in Anm. 5 zu § 375.
[23]) vgl. R.G. X, S. 99.

Warum fehlt dann ein Hinweis auf § 325 II u. a.? Eben aus der ausdrücklichen Benennung des § 326 B.G.B. in § 375 H.G.B. ergibt sich, daß die Heranziehung des § 326 für die fragliche Verpflichtung sich als Ausnahme darstellt [24]).

Aus der Natur wie aus dem Wortlaut der §§ 320 f. erhellt, daß diese Vorschriften nur auf die Vertragsleistungen Anwendung finden können, die als auszutauschende einander gegenüberstehen [25]).

§ 11.

Einseitige Verträge im B.G.B., welche ihrer Natur nach eine Vertragsleistung des Gläubigers zulassen.

Mit der in § 10 von uns vorgenommenen Unterscheidung haben wir eine Entscheidung, die hier erst näher ausgeführt und begründet werden kann, zum Theil vorweggenommen; andererseits hat das Bestreben, nicht vorzugreifen, vielleicht zu einer etwas zu allgemeinen Ausdrucksweise geführt, in dessen Fortwirkung auch die Ueberschrift dieses § nicht ganz genau lautet: Wir möchten behaupten und zu begründen versuchen, daß es im B.G.B. einseitige Verträge gibt, die durch Beifügung einer vertragsmäßigen Leistung des Gläubigers zu „gegenseitigen Verträgen" werden:

Das Recht der Schuldverhältnisse wird von dem Prinzip der Vertragsfreiheit beherrscht. Die Parteien können innerhalb der durch Rücksicht auf die guten Sitten und bestimmte allgemeine gesetzliche Vorschriften gegebenen Schranken ihre Vertragsverhältnisse nach freiem Belieben regeln. Trotzdem bestanden von jeher und bestehen noch im B.G.B. bestimmte Vertragstypen, welche die wichtigsten Verkehrsgeschäfte im einzelnen festlegen. Auch wenn sich Parteien dieser einzelnen Geschäftstypen — unter Benennung mit dem im Gesetz hiefür angewandten Begriff oder ohne solche — bedienen, können sie noch im einzelnen Abweichungen von den für das spezielle Geschäft im Gesetz gegebenen Normen[1]) vereinbaren, jedoch nur soweit diese Vereinbarungen nicht die Natur des betreffenden Geschäfts angreifen. So können die Parteien nicht einen unentgeltlichen Kauf abschließen, sie können nicht ein „Darlehen" vereinbaren, bei dem dieselben Geldstücke wieder zurückzugeben sind, wohl aber können sie, ohne dem an sich unentgeltlichen Verwahrungsvertrag seine rechtliche Natur zu nehmen, denselben entgeltlich abschließen. Derartige Beispiele ließen sich beliebig vermehren; hier interessiert die Frage, ob es im B.G.B. prinzipiell ausgeschlossen ist, daß die Parteien durch Vereinbarung einer Vertragsleistung des Gläubigers in einem an sich einseitigen Vertrag die Leistungspflicht des (wenn ich so sagen darf) Hauptschuldners derart

[24]) mag auch den gesetzgebenden Faktoren bei der Formulierung des § 375 ein Anderes vorgeschwebt sein.

[25]) des näheren mag verwiesen werden auf die Ausführungen bei Staub H.G.B., Exkurs zu § 374 und bei Romeick, cit.

[1]) soweit diese nicht zwingend sind, wie z. B. §§ 517 f.

affizieren können, daß nunmehr die beiderseitigen Leistungen im Verhältniß von Leistung und Gegenleistung stehen, m. a. W. ob durch Vereinbarung der Parteien — ohne Aenderung des Vertragstypus — aus einem einseitigen Vertrag ein gegenseitiger gemacht werden kann, und welche Vertragstypen dies zulassen. Wie schon oben[2]) berührt wurde, hat man im gemeinen Recht regelmäßig angenommen, daß der Kreis der gegenseitigen Verträge ein geschlossener sei, durch Parteiabrede nicht erweitert werden könne. So wurde der Auftrag stets als einseitiger Vertrag angesehen (mandatum nisi gratuitum nullum est). Es wurde zwar als seiner Natur nicht widersprechend zugelassen, daß der Auftraggeber ein „Honorar" gebe, ja sogar bindend vorher verspreche, dadurch konnte aber nicht die Leistung des Beauftragten von diesem Honorar abhängig gemacht werden, der Vertrag nahm keineswegs den Charakter eines gegenseitigen an[3]), wollte ein gegenseitiger Vertrag geschlossen werden, so war hiefür nur der Typus des Dienstvertrags (locatio conductio operarum), bezw. Werkvertrags (l. c. operis) verwendbar. Ebenso war hinsichtlich des Darlehens im gemeinen Recht kein Streit, daß es ein einseitiger Vertrag blieb, auch wenn eine Zinspflicht stipuliert wurde[4]). Alle andern (hier in Frage kommenden) einseitigen Verträge ließen gemeinrechtlich eine von Anfang an zu begründende Vertragspflicht des Gläubigers gar nicht zu; depositum und mutuum mußten stets unentgeltlich sein. Auch das B.G.B. hat noch einseitige Verträge, die eine derartige Vertragsleistung des Gläubigers nicht zulassen, so die Leihe und (strenger als im gemeinen Recht) der Auftrag. Im einzelnen ist nun über die hier in Betracht kommenden Verträge des B.G.B. folgendes zu sagen:

1. Was zuerst das Darlehen (B.G.B. §§ 607 f.) anlangt, so finden wir hier bei Cosack[5]) die Bemerkung: „das verzinsliche Darlehen ist ein echter gegenseitiger Vertrag". Endeman[6]) und Heilfron[7]) stehen auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Bei Beurtheilung der rechtlichen Natur des verzinslichen Darlehens müssen wir von der Grundfrage ausgehen: Ist das Darlehen des B.G.B. ein Realvertrag oder ein gewöhnlicher Konsensualkontrakt. In jüngerer Zeit wurde mehrfach bestritten, daß der Unterschied zwischen Real- und Konsensualkontrakt heute noch praktisch verwerthbar sei[8]); die Meinung, daß es Realverträge nicht mehr gebe, ist wohl dadurch entstanden, daß man von der Formfreiheit der obligatorischen Verträge ausgegangen ist und den römischen Realkontrakt nur von der Seite aus betrachtet hat, daß hier Hingabe einer res zur Klagbarmachung des Vertrags erforderlich sei. Wenn aber noch heute m. E. mit Recht zur Begründung eines Darlehens verlangt wird, daß eine bestimmte

---

[2]) S. 56.
[3]) vgl. Motive II, S. 528.
[4]) vgl. Sintenis, Civilrecht § 108[35].
[5]) Lehrb., § 142 IV.
[6]) a. a. O., § 184.
[7]) Bürg. Recht, S. 531.
[8]) vgl. die Motive, S. 305 f. und die dort Anm. 3 citierten Schriftsteller, sowie Crome, partiarische Rechtsgeschäfte S. 368 f.

Summe hingegeben werde, gegen spätere Rückgabe, so ist dies nicht nur eine äußere Form, sondern es liegt in der Natur des Darlehens, wie es sich nach allgemeingültiger Rechtsauffassung ausgebildet hat[9]). Von dieser Anschauung geht auch das B.G.B. aus: „Wer Geld ꝛc. als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet . . . .". Auch das B.G.B. verbietet natürlich nicht einen Vertrag, in dem eine Partei der andern ein Darlehen verspricht, dies ist aber dann, wie schon der Vertrag selbst sagt, nicht das Darlehen, sondern ein pactum de mutuo dando (s. § 610 B.G.B.) ein Vertrag über künftige Gewährung eines Darlehens[10]). Aus der Vermengung der Begriffe Konsensual- und Realkontrakt ist sogar für das zinslose Darlehen die schon von Sintenis[11]) gegeißelte Meinung entstanden, als sei das mutuum ein „streng zweiseitiger Vertrag." Allerdings hat der eine eine bestimmte Geldsumme[12]) hinzugeben und der andere hat nach Ablauf eines Zeitraums tantundem ejusdem generis zurückzugewähren, aber die Leistungspflicht des Darlehensschuldners entsteht erst aus der Erfüllung der des Darlehensgebers und Zweck dieser Hin- und Rückgabe ist nicht ein Austausch von Leistungen. Schwieriger ist die Entscheidung, ob gegenseitiger Vertrag oder nicht, wenn wir das verzinsliche Darlehen ins Auge fassen. Wirthschaftlich betrachtet findet hier ein Austausch von Leistungen statt, der eine giebt eine bestimmte Geldsumme zum Umtreiben[13]) und der andere giebt dafür als Gebrauchslohn eine regelmäßig wiederkehrende Summe. Aber rechtlich kann man m. E. auch hier nicht von einem gegenseitigen Vertrag reden. Beim gegenseitigen Vertrag müssen durch diesen Vertrag korrespondierende Pflichten beider Theile begründet werden, die Grundlage des Darlehens dagegen ist, daß der eine Theil eine Leistung gemacht hat, erst hiedurch entsteht der Darlehensvertrag und erst von da ab kann man von Leistungen aus dem Darlehen reden. Es handelt sich nicht um einen Vertrag, bei dem der eine Theil (der Darlehensgeber) vorleistungspflichtig ist; denn aus dessen Leistung entsteht erst das Vertragsverhältniß. Auch das pactum de mutuo dando kann man wohl nicht als gegenseitigen Vertrag auffassen (wenn Verzinslichkeit des zu gebenden Darlehens stipuliert wird), dies ist ein Vorvertrag, aus dem nur die Eine Verpflichtung, ein Darlehen zu gewähren bezw. zu nehmen, hervorgeht; die Verpflichtung des andern zur Zinszahlung entsteht nicht aus diesem Vorvertrag, sondern ist davon abhängig, daß das Darlehen gewährt wird, und entsteht, — nicht nach Vertragswillkür aufschiebend bedingt, — sondern nach der Natur des Rechtsverhältnisses erst mit Hingabe des Darlehens. Aus dem Vorvertrag an sich entsteht die Verpflichtung, ein Darlehen zu gewähren, aber keineswegs eine dieser Verpflichtung korrespondierend gegenüberstehende Verpflichtung zur Zinsleistung[14]). Ebensowenig kann

---

[9]) vgl. Endemann, B.G.B. § 104 II, nr. 2 und die dort in Anm. 11 angeführten.
[10]) vgl. noch Oertmann B.G.B., Vorbem. vor § 607 und Crome, a. a. O., S. 368.
[11]) a. a. O., § 168[6].
[12]) oder andere vertretbare Sachen; dies bleibt im weiteren als weitläufig weg.
[13]) man hat dies Darlehen schon als locatio conductio pecuniæ bezeichnet.
[14]) vgl. auch hier § 610.

natürlich beim pactum de mutuo dando die Verpflichtung des späteren Darlehensempfängers, das Darlehen seiner Zeit wieder zurückzuzahlen, als Gegenleistung gegen das Darlehensversprechen angesehen werden [15]).

2. Auch bei dem Verwahrungsvertrag (§ 688 f.) ist davon auszugehen, welche rechtliche Natur das Gesetz demselben bezüglich der Streitfrage, ob Real-, ob Konsensualkontrakt, beilegt, wenn auch hier, wie wir unten sehen werden, diese Frage nicht die Bedeutung hat, wie beim Darlehen.

Während nach den Protokollen [16]) die Kommission „allerseits einverstanden war, daß die wissenschaftliche Streitfrage, ob der Hinterlegungsvertrag als Konsensual- oder als Realkontrakt charakterisiert werden müsse, nicht zu entscheiden sei", sind der lex scripta schon verschiedene Auslegungen gegeben worden: die eine geht dahin, der Verwahrungsvertrag sei stets ein Konsensualkontrakt [17]), eine andere, er könne als Konsensual- oder als Realkontrakt nach Belieben der Parteien begründet werden [18]), eine dritte endlich sagt, aus dem Wortlaut des § 688 gehe hervor, daß auch nach dem B.G.B. dieser Vertrag stets ein Realkontrakt sei [19]). Die letzte Meinung ist m. E. die richtige: „Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm . . . . übergebene Sache aufzubewahren". Also nicht wird durch den Vertrag der eine erst verpflichtet, eine Sache hinzugeben, sondern nur der andere Theil die übergebene Sache aufzubewahren. Sobald man mit Cosack einen Verwahrungsvertrag als Konsensualkontrakt ansieht, kommt man dazu, ihn auch als unentgeltlichen, als „zweiseitigen Vertrag" (wie Cosack) zu behandeln. Dies ist aber nicht möglich, denn nach § 688 entsteht aus dem Vertrag nur die Eine Leistungspflicht der Aufbewahrung und diese entsteht durch Hingabe der Sache.

Während nun aber beim Darlehen durch die Hingabe der Geldsumme mit dem Darlehensvertrag nur Leistungspflichten des Darlehensnehmers entstehen (Rückgabe, event. Zinszahlung), können hier durch die Hingabe sofort in Wirkung tretende Verpflichtungen beider Theile zur Entstehung gebracht werden: Die Verpflichtung des einen Theils zur Verwahrung, die des andern zur Vergütung. Liegt nun hier ein gegenseitiger Vertrag vor? In den Motiven (S. 582) ist gesagt, „in § 623 II, jetzt 699 II liege (wie in § 596 II) [nicht Gesetz gewordene „Vergütungsgewährung" beim Auftrag]) (der Ausspruch, daß die Vereinbarung einer Vergütung den Vertrag noch nicht zu einem gegenseitigen mache". Bei den Berathungen der zweiten Kommission [20]) hat diese Auffassung theils Widerspruch, theils Billigung gefunden.

---

[15]) vgl. Sarwey-Bossert, Konk. Ordng. (1901) § 17 Anm. 1 und Jur. Wochenschrift von 1886, S. 248; ferner Planck-André, Anm. IV. 2 a. E. vor § 607, und Windscheid-Kipp, § 371, Anm. 6.

[16]) der Kommission für d. 2. Lesg, S. 371 f.

[17]) so Heilfron B.G.B.

[18]) so Cosack, § 154 IV.

[19]) so Oertmann, Vorbem. zum 12. Titel; Planck-André, a. a. O.; Endemann § 185; Dernburg, a. a. O.; Matthias, S. 545; Crome, partiar. R.gesch., S. 459; Windscheid-Kipp, § 377.

[20]) Prot. II., S. 393.

Cosack, Heilfron, Oertmann[21]) bezeichnen ihn bei vereinbarter Vergütung als gegenseitigen („nach Belieben der Parteien"), andererseits sieht Endemann[22]) die Vergütung nicht als Gegenleistung an. Planck-André unterscheiden, je nachdem die Vergütung nur als eine in Bausch und Bogen berechnete Entschädigung für Aufwendungen gemeint sei, oder als wirkliche Gegenleistung, liege ein gegenseitiger Vertrag vor oder nicht.

Aus § 699 II ergibt sich nun allerdings, daß das Gesetz zunächst (vorbehältlich besonderer Parteiabreden) die Vergütung nicht *ausschließlich* als Belohnung für die Verwahrung ansieht[23]), sonst hätte es den entsprechenden Theil der Vergütung nach der Zeit und nicht nach den bisherigen „Leistungen" bemessen. Nicht aber geht aus dieser Bestimmung hervor, daß das Gesetz unter Vergütung ausschließlich Ersatz von Auslagen versteht. Unter „bisherigen Leistungen" können die Vertragsleistung *und* die Aufwendungen, als zusammen in Betracht gezogen, angenommen werden. Dazu kommt, daß sowohl das B.G.B. als auch der sonstige Sprachgebrauch des Verkehrs bei dem Wort „Vergütung" nicht zunächst an Auslagenersatz[24]), sondern an eine Gegenleistung, Belohnung, ein Entgelt denkt: so wird im B.G.B. die Gegenleistung, die der zur Dienstleistung Verpflichtete beim Dienstvertrag, der Unternehmer beim Werkvertrag zu beanspruchen hat, ausdrücklich als Vergütung bezeichnet, (vgl. §§ 611, 612, 631, 632). Gegen die von Planck-André beliebte Unterscheidung spricht ferner, daß wohl kaum Parteien, die einen unentgeltlichen Verwahrungsvertrag abschließen wollen, eine *ausschließlich* als Auslagenersatz gedachte „Vergütung" *zum voraus* festsetzen. Und wenn eine derartige Vereinbarung vorkommt, wird in solchem Fall kaum mehr ein rein unentgeltlicher Verwahrungsvertrag vorliegen: sobald es dem Verwahrer gelingt, weniger Auslagen zu machen, als ihm als „Ersatz" versprochen ist, ist das plus thatsächlich eine Gegenleistung für die Verwahrung. Wir werden demgemäß allgemein sagen dürfen, wenn eine Vergütung für die Aufbewahrung zum Voraus vereinbart wird, bezw. den Umständen nach als vereinbart gilt (§ 689), ist diese Vergütung eine Gegenleistung für die Verwahrung, und zwar ist Zweck und Ziel des Vertrags ein Austausch dieser beiden Leistungen (Verwahrung und Vergütung), es handelt sich also dann um einen wahren gegenseitigen Vertrag. Daß — wenn ein anderes nicht vereinbart ist, insbesondere nicht eine bestimmte Verwahrungszeit — der Verwahrer jederzeit die Rücknahme verlangen, der Hinterleger jederzeit die Sache zurückfordern kann, steht der Natur des entgeltlichen Verwahrungsvertrags als gegenseitigem keineswegs entgegen; diese Bestimmung ersetzt nur das bei andern gegenseitigen Verträgen, wie Miethe, Dienstvertrag, bestehende Kündigungsrecht. Die §§ 695, 96 besagen, daß dieser Vertrag (im Zweifel) nicht durch eine bloße Erklärung des einen Theils

[21]) je a. a. O.
[22]) a. a. O., § 185.
[23]) vgl. Motive, S. 543.
[24]) vgl. für diesen § 670.

(Kündigung), sondern nur durch Rückgabe, bezw. Rücknahme der Sache von den Parteien zur Auflösung gebracht werden könne[25]).

Was wir oben über das pactum de mutuo dando ausgeführt haben, gilt analog auch für den Vorvertrag auf Abschluß eines Verwahrungsvertrags. Auch hier entsteht durch den Vorvertrag nur die Eine Verpflichtung, den späteren Vertrag abzuschließen; je nachdem die Parteien Interessen verfolgen, kann dieser Vorvertrag beide Parteien verpflichten, zum Abschluß des Hauptvertrags mitzuwirken, oder nur eine Partei (für den Fall, daß die andere den Abschluß des Hauptvertrags will); auch im ersteren Fall handelt es sich nicht um zwei selbständige Vertragsleistungen, die gegen einander auszutauschen wären, sondern nur um die Eine Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrags mitzuwirken[26]).

3. Sehr bestritten ist sowohl im gemeinen Recht, als auch im B.G.B. die rechtliche Natur des Mäklervertrags (B.G.B. §§ 652 f.): das B.G.B. stellt als Inhalt dieses Rechtsverhältnisses den Satz an die Spitze, daß, wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittelung eines solchen einen Mäklerlohn verspreche, denselben entrichten müsse, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittelung des Mäklers zu Stande gekommen sei. Der damit eingeleitete 8. Titel des Rechts der Schuldverhältnisse trägt die Ueberschrift „Mäklervertrag". Da, wie wir schon oben S. 1 konstatierten, auch die Ueberschriften Gesetzesinhalt sind, ist damit die Streitfrage des bisherigen Rechts, ob hier nur ein einseitiges Rechtsgeschäft (Versprechen, wie die Auslobung) vorliegt, oder ob es sich um einen Vertrag handelt, in letzterem Sinne entschieden. Die rechtliche Natur dieses Vertrags jedoch ist auch bei dieser Fassung noch keineswegs zweifellos. Ist der Mäklervertrag nur als zweiseitiger, ist er nur als einseitiger möglich, oder kann er nach dem Willen der Parteien ein zweiseitiger oder ein einseitiger sein? Alle diese Meinungen haben ihre Anhänger. Crome[27]) und nach ihm Oertmann[28]) sagen, der Mäkler müsse nothwendig zu seiner Vermittlerthätigkeit verpflichtet sein, ein Anderes widerspreche dem Sinn des Vertrags, Endemann[29]) sagt ein für allemal, der Mäkler übernehme keine Verpflichtung zu irgend einer Thätigkeit, andernfalls werde der Vertrag zu einem Dienstvertrag; nach einer dritten Meinung ist der Mäklervertrag mit und ohne Verpflichtung zur Leistung durch den Mäkler denkbar[30]).

Crome führt aus: „Wenn man sage, es bestehe keine Verpflichtung des Mäklers zur Ausführung, so werde damit das Verhältniß aus dem Rahmen der Vertragsverhältnisse hinausgedrängt, und der Mäkler hafte

---

[25]) vgl. Motive, S. 583.
[26]) vgl. Degenkolb im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 71, S. 50.
[27]) part. R.gesch., S. 415 f.
[28]) a. a. O.
[29]) a. a. O., § 175.
[30]) so mit den Motiven, S. 511: Staub, Exkurs zu § 92; Planck-André, Vorbem. zum 8. Titel.

dann bei seiner Thätigkeit nur für dolus, nach den Regeln über unerlaubte Handlungen, nicht für Verschulden" (wohl kontraktliches Verschulden gemeint). „Eine solche Auffassung widerspreche dem Leben, den berechtigten Interessen des Versprechenden, der dem Mäkler Vertrauen entgegenbringen und von diesem Treue ꝛc. verlangen müsse. Deshalb müsse als der Natur des Vertrags entsprechend verlangt werden, daß der Mäkler stets verpflichtet sei, sich den Umständen entsprechend zu bemühen". Damit kommen wir auf die streitige Frage: gibt es in dem einseitigen Mäklervertrag (den wir als gesetzlich annehmen), in dem der Mäkler keine Verpflichtung zur Thätigkeit übernimmt, in Bezug auf das Verhalten des Mäklers nur außerkontraktliches Verschulden oder auch solches auf Vertragsgrundlage. Crome und nach ihm Oertmann gehen von der ersteren Anschauung aus, Staub und Plank-André von der zweiten[31]). M. E. bildet ja dies gerade den Gegensatz des einseitigen Mäklervertrags zum Mäklerverhältniß, als einseitigem Versprechen. Damit, daß der Mäkler sich bereit erklärt, das Versprechen des Mäklerlohns als Leistung für den eventuell bewirkten Erfolg entgegenzunehmen, tritt er in ein Vertragsverhältniß zum Versprechenden und hat alle Sorgfalt aufzuwenden, wenn er im Sinn der Vermittelung, bezw. des Nachweises des Vertrags thätig werden will. An sich haftet für ein vertragsmäßiges Verschulden aus dem Vertrag nur der, der eine Erfüllungspflicht in demselben vorzunehmen hat, hier liegt aber eben die Besonderheit darin, daß der Mäkler sich nicht zu einer bestimmten Thätigkeit verpflichtet, weil er sich m. E., wie unten noch zu begründen sein wird, gar nicht zu einer solchen verpflichten kann, daß er aber ex contractu haftet, wenn er im einzelnen Fall für die Vermittelung thätig wird. So haftet er auch beim einseitigen Mäklervertrag nach Vertragsgrundsätzen, wenn er einen insolventen Käufer für ein Haus als solventen beibringt, oder wenn er ein von ihm schon angebahntes Geschäft durch Fahrlässigkeit wieder vereitelt. Er kann nicht zu irgend einer Thätigkeit gezwungen werden, aber wenn er handelt, hat er für omnis culpa einzustehen. Wie schon angedeutet, sind wir[32]) der Ansicht, daß ein „Mäklervertrag" mit Verpflichtung des Mäklers zur Vermittlerthätigkeit kein Mäklervertrag ist und zwar des näheren aus folgenden Gründen:

a. In den Motiven[33]) ist ausgeführt: der Mäklervertrag enthalte (nach dem Wortlaut des § 652) eine Vertragsleistungspflicht des Mäklers nicht, jedoch widerspreche es der Natur des Mäklervertrags nicht, daß der Mäkler eine Verpflichtung zur Vermittlerthätigkeit übernehme, ein derartiger Mäklervertrag bedürfe aber keiner näheren Regelung, sondern zu seiner Beurtheilung genügen je nach Verschiedenheit der Fälle die allgemeinen Grundsätze über Verträge, bezw. die für den Dienstvertrag,

---

[31]) letzterer spricht in der Anm. III der Vorbem. zum 8. Titel allgemein vom kontraktlichen Verschulden des Mäklers; erst im letzten Absatz spricht er von dem Fall der Verpflichtung desselben zur Thätigkeit und verweist hiefür auf besondere Regeln, insbesondere die §§ 320 f., ähnlich Staub in Anm. 30.

[32]) mit Endemann, cit.

[33]) S. 510 f.

Werkvertrag oder Auftrag geltenden Rechtsnormen[34]); noch deutlicher sagt Staub[35]): „Der Mäklervertrag verpflichte an sich den Mäkler nicht zur Thätigkeit; werde aber eine solche Verpflichtung vereinbart, dann werde der Vertrag zu einem Dienst-, bezw. Werkvertrag, er höre aber dadurch nicht auf, ein Mäklervertrag zu sein, er sei dann eben ein Mäklervertrag, der zugleich Dienst-, bezw. Werkvertrag sei." Von denselben Anschauungen geht wohl die 2. Kommission aus[36]). Hiegegen ist nun folgendes zu bemerken:

α. Wie eingangs des vorigen § auszuführen versucht wurde, können im Vermögensrechtsverkehr die Parteien ihre Vertragsbeziehungen nach freiem Belieben regeln (mit wenigen Einschränkungen). Trotz dieses im allgemeinen vom B.G.B. stillschweigend anerkannten Grundsatzes hat auch dieses Gesetz einzelne Vertragstypen aufgestellt, mit der Wirkung, daß die Parteien, die auf Grund eines solchen Typus einen Vertrag schließen wollen, auf Einhaltung gewisser Schranken angewiesen sind, so kann z. B. eine Leihe nur unentgeltlich abgeschlossen werden, andernfalls wird es Miethe u.s.w.[37]). Wollte das Gesetz selbst ein Vertragsverhältniß mit im einzelnen von dem von ihm selbst gewählten Normaltypus abweichenden Regeln aufstellen, dann hat es dieses Vertragsverhältniß einer bestimmten andern Kategorie unterstellt und die Bestimmungen des erstgewollten Vertragstypus durch Verweisungen angezogen. So kennt das B.G.B. nur einen unentgeltlichen Auftrag; um dem Verkehrsbedürfniß gerecht zu werden, wurde der Typus eines „Dienst-, bezw. Werkvertrags, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat", gebildet und die Bestimmungen für diesen Vertrag wurden durch Verweisungen auf bestimmte Normen der einzelnen besonderen Vertragstypen Auftrag, Werkvertrag, Dienstvertrag gebildet (vgl. § 675, sodann auch § 651).

Der § 652 definiert, was das Gesetz unter Mäklervertrag versteht; durch die Stellung in einen besonderen Titel mit besonderer Bezeichnung ist dieser Vertrag als ein eigenthümlicher besonderer Typus gekennzeichnet und es dürfen in diesem Titel fehlende Bestimmungen *nur* aus den allgemeinen Bestimmungen für Schuldverhältnisse entnommen werden. Deshalb liegt *entweder* ein Mäklervertrag *oder* ein Dienst- ꝛc. -vertrag im einzelnen Fall vor, *nicht* ist eine Kombination, wie sie Staub will, möglich.

β. Eine analoge Anwendung einzelner Bestimmungen anderer Vertragskategorien verbietet sich auch nach allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung:

Dem Dienstvertrag ist wesentlich, daß eine Vergütung für die geleisteten Dienste als Entlohnung gewährt wird und daß der Dienstverpflichtete von den Weisungen des Dienstherrn abhängig ist. Dem Werkvertrag ist ebenfalls eine Belohnung essentiell und diese wird schon von Anfang an der Höhe nach im Verhältniß zu der aufzuwendenden Arbeits-

[34]) ähnlich Planck-André, Cosack, Heilfron.
[35]) a. a. O., Anm. 2.
[36]) vgl. Protok. II, S. 344.
[37]) s. oben S. 60.

kraft bemessen und für diese gewährt (vgl. §§ 645, 649, 641). Anders ist es bei dem Mäklervertrag, diesem ist eigenthümlich, daß die Belohnung nicht nothwendig verdient wird, wenn auch der Mäkler alles thut, was man ihm zumuthen kann, daß ferner die Höhe der Belohnung nicht von der aufgewendeten Mühe abhängt und für diese gewährt wird, sondern nur für den Erfolg. Dies führt unmittelbar zu dem unter b zu besprechenden Punkt.

b) Wer mit einem Mäkler einen Vertrag abschließt, verpflichtet sich — ebenfalls nach der Natur des Vertrags — keineswegs, selbst jede Thätigkeit zu unterlassen, die zu einem Abschluß des erstrebten Vertrags ohne Hilfe des Mäklers führen kann, im Gegentheil kann er jederzeit über den Kopf des Mäklers weg abschließen (wenn der Vertragsgegner nicht den Mäkler beigebracht und alles geleistet hat, was er nach dem Vertragsinhalt thun konnte); ebensowenig verpflichtet er sich, die ihm vom Mäkler gebotene Gelegenheit auch anzunehmen — alles natürlich innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben im Verkehr. Auch aus diesen Gründen ist eine Verpflichtung des Mäklers zur Thätigkeit nicht denkbar. Ein Mäkler würde sich doch nur (bei dem Risiko des jederzeitigen Abgehens des Versprechenden vom Vertrag) dann binden, eine Vermittlerthätigkeit vorzunehmen, wenn er abgesehen vom Erfolg auch hiefür schon belohnt würde. Dies widerspricht aber der Natur des Mäklervertrags als eines eigenen Vertragstypus (§ 652).

c) Wie soll man sich die Verpflichtung zur Vermittlerthätigkeit denken, und wie soll auf diese Leistung geklagt werden?

Beim Dienstvertrag hat der Dienstverpflichtete, wie schon berührt, bestimmte Verpflichtungen, oder er hat nach speziellen Weisungen des Dienstherrn zu handeln Beim Werkvertrag hat der Unternehmer ein bestimmtes opus zu leisten, das er nach seinen besonderen Fähigkeiten im Stande ist, fertigzustellen, und dessen Vollendung — soweit es menschenmöglich ist — in seiner Hand liegt und nur von seinem Willen abhängt. Ist ausnahmsweise zur Fertigstellung eine Mitwirkung des Bestellers erforderlich, dann kann er diese indirekt erzwingen (§ 643), eventuell Entschädigung verlangen oder sogar kündigen und doch Vergütung für geleistete Arbeit verlangen. Dagegen hier beim Mäklervertrag kann doch der Mäkler nicht seine Vermittlerthätigkeit versprechen, deren Erfolg von sovielen Umständen außer seinem Willen abhängt wo es auf eine weitere freie Willenshandlung des Versprechenden ankommt, wo vom Zufall (wenigstens vielfach) abhängt, ob der Mäkler sofort einen geeigneten Vertragsgegner findet oder sich umfangreiche Bemühungen machen muß.

Und wie soll man sich hier eine Klage auf Vertragserfüllung gegen den Mäkler denken, wo sich doch keinerlei bestimmte Maßnahmen denken lassen, die man von ihm verlangen kann[38])? Wie leicht würde sich hier der Mäkler durch Hinweis auf irgend eine Thätigkeit mit dem Bemerken entschuldigen können, die Ungunst der Verhältnisse sei schuld, er habe alles, was ihm möglich gewesen sei, gethan; und welches Resultat hätte

[38]) ähnliche Bedenken macht sich selbst Crome, S. 458.

eine derartige Klage, wenn auch Verurtheilung erlangt werden könnte? Was nützt ein Hinweis auf B.G.B. § 283, wenn eine Verurtheilung zur Leistung fast unmöglich erscheint?

d) Auch darauf darf doch zur Charakteristik der Sache noch hingewiesen werden, daß eben, weil eine Verpflichtung zur Thätigkeit dem Vertragsinhalt zu widerstreiten scheint, die Belohnung nur für den Erfolg versprochen wird, und daß hierin der stimulus liegen soll, der die Thätigkeit des Mäklers erzwingen als geeignet angesehen wird.

Kommen wir sonach zu dem Ende, daß der Mäkler in dem Mäklervertrag sich nur bereit erklärt, eine Vermittlerthätigkeit zu übernehmen[39]), so ergibt sich daraus ohne weiteres, daß der Mäklervertrag kein gegenseitiger Vertrag ist[40]).

4) Als einziger Vertrag bleibt von dem Gesichtspunkt dieses § aus[41]) zur Prüfung nur noch die Schenkung unter Auflage übrig; hier wird aber der Nachweis, daß es sich — auch im B.G.B. — hier nicht um einen gegenseitigen Vertrag handeln kann, nicht schwer zu erbringen sein.

Wenn auch das B.G.B. für den Begriff der Schenkung nicht als besonderes Erforderniß einen animus donandi, eine besondere Schenkungsabsicht, die über den Entschluß der Bereicherung des andern hinausgehen würde, verlangt (wie dies zum Theil für die gemeinrechtliche Schenkung verlangt wurde[42]), so ist doch auch nach dem B.G.B. nothwendiges Erforderniß des Begriffs, daß die Zuwendung als unentgeltliche gegeben und angenommen werde. Wird der Schenkung eine Auflage beigefügt, so kann der Vertrag den Charakter der Schenkung nur behalten, wenn die Auflage nicht als Gegenleistung für das Geschenkte gemeint ist. Es liegt auch in der Natur des Begriffs „Auflage", daß die Schenkung als solche bestehen und die Auflage nur als Nebenbestimmung hinzutreten soll. Im Gesetz wurde eine Definition des Begriffs „Auflage" für nicht erforderlich erachtet, weil der Begriff in der neueren Rechtssprache genügend eingebürgert sei[43]). Hier interessiert nur die Feststellung, daß die beigefügte Auflage nicht als Gegenleistung für die Schenkung — auch nicht für einen Theil derselben — angesehen werden kann. Dieser aus der Natur des Begriffs Schenkung entwickelte Satz erhält seine ausdrückliche Bestätigung durch den § 527. Wäre die Auflage als Gegenleistung auch nur für einen Theil der Schenkung zu denken, dann müßte die Schenkung theilweise zurückverlangt werden können, wenn die Vollziehung der Auflage „durch Zufall"[44]) unmöglich würde. § 527 gibt aber ausdrücklich nur ein Rückforderungsrecht, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen beim gegenseitigen Vertrag ein Rück-

---

[39]) so drückt Cosack a. a. O. sich aus.

[40]) Cosack bezeichnet ihn, trotz der ebengenannten Ausdrucksweise, allgemein als gegenseitigen Vertrag

[41]) vgl. oben, § 10 II nr. 3.

[42]) vgl. Windscheid-Kipp, Anm. 2 zu § 365 und Motive, S. 287.

[43]) Motive, S. 299.

[44]) vgl. Theil I (B.G.B. § 323).

trittsrecht geltend gemacht werden kann, also nur in den Fällen, analog den §§ 325, 326[45]), wenn der Beschenkte die Unmöglichkeit, die Auflage zu vollziehen, zu vertreten hat (nach § 325 II) oder wenn er in Verzug mit der Vollziehung gekommen ist (unter den näheren Voraussetzungen des § 326). Ist die Vollziehung der Auflage unmöglich geworden, durch einen Umstand, den der Beschenkte nicht zu vertreten hat, so hat die Unmöglichkeit auf die Schenkung keinerlei Einfluß. Hieraus geht, abgesehen von der Begriffsbestimmung des § 516, die bestimmte Absicht des Gesetzes hervor, die Auflage nicht als Gegenleistung eines Theils der Schenkung zu behandeln. Eine Schenkung unter Auflage kann sonach nie — auch nicht zum Theil — ein gegenseitiger Vertrag sein.

§ 12.

Der Gesellschaftsvertrag.

A) „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks . . . . zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten" (§ 705). Aus dieser Bestimmung wird vielfach gefolgert: Ein Vertrag, in dem sich zwei oder mehr Personen gegenseitig verpflichten, ist ein gegenseitiger Vertrag, der Begriff gegenseitiger Vertrag ist ein einheitlicher im B.G.B., sonach finden die Bestimmungen §§ 320 f. auf die Gesellschaft Anwendung, soweit nicht einzelne spezielle Vorschriften des Gesellschaftsrechts entgegenstehen. Im folgenden soll versucht werden, zuerst aus der Natur des Gesellschaftsvertrags als solcher, — B. —, sodann aus einem Vergleich der einzelnen Bestimmungen über gegenseitige Verträge (§§ 320 f.) — C. — darzuthun, daß die Gesellschaft eben nicht ein gegenseitiger Vertrag im Sinn der §§ 320 f. ist.

Was die Litteratur über diese Fragen anlangt, so wurde m. W. im gemeinen Recht nur von Sintenis[1]) eine Begründung einer Ansicht über das Verhältniß der societas zu allen Bestimmungen über gegenseitige Verträge gegeben, die andern begnügen sich entweder mit dem allgemeinen Hinweis auf die societas bei der Aufzählung der einzelnen gegenseitigen Verträge, oder prüfen sie nur die Frage der Anwendbarkeit der exceptio non adimpleti contractus auf die societas[2]); über den Standpunkt der Praxis nachher; in der Litteratur des B.G.B. finden wir naturgemäß bei einer größeren Anzahl von Theoretikern ein Eingehen auf unsere Frage[2]), wir sagen „naturgemäß", denn erst durch das B.G.B. wurden eine Anzahl Bestimmungen einheitlich abstrakt unter dem Begriff „gegenseitiger Vertrag" zusammengenommen und als allgemeine Regeln den einzelnen Verträgen gegenübergestellt, und dies gab erst unmittelbar zu solchen Untersuchungen Anlaß.

---

[45]) s. oben.
[1]) Civilrecht, § 97, II, a. E.
[2]) Citate, s. unten.

B) Wir haben oben[3]) versucht, aus den einzelnen Regeln den Begriff „gegenseitiger Vertrag" im B.G.B. festzustellen und zu definieren, und sind zu dem Resultat gelangt, daß ein gegenseitiger Vertrag der §§ 320 f. ein solcher ist, bei dem sich zwei durch den Vertrag von Anfang an zur Entstehung gebrachte Leistungspflichten gegenüberstehen, die gegen einander ausgetauscht werden sollen, von denen jede Ziel und Zweck der andern ist.

Auch beim Gesellschaftsvertrag — wenn wir einmal vorerst von zwei Gesellschaftern ausgehen — stehen sich zwei durch den Vertrag von Anfang an begründete Leistungspflichten gegenüber, aber diese Leistungen sollen nicht gegen einander ausgetauscht werden, so daß die eine Ziel und Zweck der andern wäre, sondern sie sollen zu einem gemeinschaftlichen Zweck für beide gegeben werden, Zweck der einen ist nicht, die andere zu erhalten, sondern der Zweck ist, durch Zusammengehen beider einen gemeinschaftlichen Erfolg herbeizuführen und aus diesem Gewinn zu ziehen. Auch hier sind sich die Parteien gegenseitig, einer dem andern, verpflichtet, aber nicht zur Leistung gegen Gegenleistung, jeder zur Leistung an den andern, sondern jeder zur Leistung an beide. Beim gegenseitigen Vertrag im engeren Sinn macht jeder Theil seine Leistung nur, um die des Gegners zu erhalten, und das Interesse an *seiner* Leistung geht mit seiner Verpflichtung nur soweit, bis er die Leistung seinem Gegner gemacht hat und beide leisten, um damit dann das Verhältniß zum Erlöschen zu bringen. Anders bei der Gesellschaft, hier hat jeder Theil nicht nur ein Interesse, seine Leistung dem andern gegen die des andern zu machen, sondern jeder hat an jeder Leistung ein Interesse, auch noch nachdem sie erfüllt ist; er macht die Leistung nicht zu dem Zweck, die des Gegners zu erhalten, sondern sie mit der des Gegners zu verbinden, und aus dieser Verbindung späterhin Gewinn zu ziehen. Planck-André, die über diesen Gegenstand interessante Ausführungen darbieten[4]), geben an sich zu, daß „der Gesellschaftsvertrag sich in *wesentlicher* Beziehung von den direkt auf Austausch von Leistungen gerichteten Verträgen (Kauf ꝛc) unterscheide", wollen aber doch, wenigstens auf den Gesellschaftsvertrag mit zwei Gesellschaftern, die Bestimmungen der §§ 320 f. unmittelbar zur Anwendung bringen. Dagegen lehnen sie die Anwendbarkeit dieser §§ auf den Gesellschaftsvertrag mit mehr als zwei Gesellschaftern mit Einer praktisch seltenen Ausnahme ab[5]). Nun wäre es aber doch seltsam, wenn für einen seiner Natur und seinem wesentlichen Zweck nach vollständig einheitlichen Vertrag, wie den Gesellschaftsvertrag, in derart maßgebenden Punkten verschiedene Regeln gelten würden, je nachdem er unter zwei oder mehr Personen abgeschlossen ist[6]) Planck-André begründen ihre Ansicht *im allgemeinen* damit, daß

1) es doch sehr auffallend wäre, wenn das B.G.B. im allgemeinen Theil für gegenseitige Verträge ohne Einschränkung Regeln aufstellen

[3]) in § 10.
[4]) s. Vorbemerkungen zum 14. Titel, nr. 3.
[5]) s. unten C., nr. 1.
[6]) vgl. Dernburg, B.G.B. II, 1 §§ 357, und des näheren auch unten unter C.

würde, obwohl nur eine bestimmte Kategorie gemeint wäre. Hiegegen ist zu sagen, daß einerseits das B.G.B. den Ausdruck gegenseitiger Vertrag hier nicht verwendet, andererseits allerdings der Wortlaut des § 705 als ein von unserem Standpunkt aus an sich irreführender bezeichnet werden kann. Aber einmal ist einzuwenden, daß auch, z. B. bei dem Auftrag, der doch ein streng einseitiger Vertrag ist, wie bei jedem Vertrag, gegenseitige Verpflichtungen bestehen, bezw. bestehen können, dies ist doch noch zu unterscheiden von gegenseitigen Leistungen, die einer dem andern zu machen hat[7]); zum andern ist es mindestens ebenso unbefriedigend, für Gesellschaftsverträge verschiedene Regeln aufstellen zu müssen, jenachdem zwei oder mehr Gesellschafter vorhanden sind;

2) auch hier eine Abhängigkeit der Verpflichtung des einen Gesellschafters von der des andern bestehe; es ist ja eben zu begründen, ob die Leistungspflicht des einen beim Gesellschaftsvertrag im gleichen Verhältniß zu der des andern steht, wie es nach §§ 320 f erforderlich ist;

3) es sich auch hier um einen Austausch von Leistungen handele, indem jeder seinen Beitrag, wenn auch nicht ausschließlich, so doch auch dem andern leiste. Dagegen gerade möchten wir einwenden, daß der Gesellschafter seinen Gesellschaftsvertrag nicht eingegangen hat, um die Leistung des andern (bezw. einen ideellen Theil derselben) zu erlangen, sondern um durch das Verbinden der Leistungen ein drittes, den Gesellschaftszweck, zu erreichen.

Dazu kommt noch, daß es zum mindesten bedenklich erscheint, die nämlichen allgemeinen Regeln gleichmäßig zur Anwendung zu bringen auf Vertragstypen, die — um mit Planck-André zu reden — „in wesentlicher Beziehung" von einander sich unterscheiden.

Soweit wir sehen konnten, behandeln den Gesellschaftsvertrag als gegenseitigen im Sinn der §§ 320 f. außer Planck-André: Oertmann[8]), Matthias[9]), Geib[10]), während auf unserem Standpunkt (mit theilweise anderer Begründung, s. u.) Windscheid-Kipp[11]), Dernburg[12]), Müller[13]), stehen.

C) Bevor wir an einer Vergleichung der einzelnen Gruppen der Bestimmungen §§ 320 f. mit der Gesellschaft zu zeigen unternehmen wollen, daß dieselben hierauf nicht anwendbar seien, ist zu konstatieren, welche durch den Gesellschaftsvertrag den Parteien auferlegte Leistungen hier überhaupt in Betracht kommen können[14]). Als „die Leistung" und „die Gegenleistung" i. S. der §§ 320 f. könnte hier nur die Beitragspflicht in Betracht kommen, nur diese Leistungspflicht ist dem Vertrag eigen, entsteht nothwendig aus ihm selbst und ist für jeden in einem

[7]) s. noch unten C., nr. 1 und die zu § 6 angezogene Abhandlung über „Fristbestimmung von Romeick, S. 58 f.

[8]) a. a. O., Vorbem. zum 14. Titel.

[9]) Lb. I, S. 387.

[10]) in Buschs Zeitschrift für dtsch. Civilprozeß, Bd. XXVIII, S. 512.

[11]) Pandekten, Anm. zu § 406.

[12]) B.G.B. II, §§ 357, 359.

[13]) in Seuff. u. Glück, Bl. f. Rechtsanw., Bd. 63, S. 408 f.

[14]) vgl. oben § 10, nr. IV.

gewissen Verhältniß zu der des andern begründet. Nicht in Betracht kommen kann die Verpflichtung, etwaige Verluste mitzutragen, denn hier handelt es sich nur um eine mögliche — allerdings regelmäßig für alle gleichmäßige — erst aus dem bestehenden Vertrag entspringende Verpflichtung; ferner nicht die für den geschäftsführenden Gesellschafter bestehende Pflicht zur Rechnungslegung (§ 713). Eine solche entsteht nicht unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag, sie entsteht für jeden Geschäftsführer selbständig aus seiner Geschäftsführung, sie steht in keinerlei rechtlicher Beziehung zu der für einen andern Gesellschafter etwa ebenfalls bestehenden Rechnungslegungspflicht[15]). Im einzelnen ist nun zu bemerken:

1. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und das Gesellschaftsrecht:

Soweit wir gemeinrechtliche Theorie über unsere Frage ermitteln konnten, wird stets nur die Anwendbarkeit dieser Einrede auf die societas, nicht auch die Anwendungsmöglichkeit der anderen Gruppen, jetzt: §§ 323 f., 326 f., B.G.B. geprüft[16]).

Zimmermann (cit.) begründet seinen Standpunkt damit, daß er sagt, die exceptio n. a. c. sei nichts als eine exceptio doli generalis; auch beim Gesellschaftsvertrag treffe zu, daß es der bona fides widersprechen würde, wenn ein Theil unabhängig von seiner Erfüllung vom andern Erfüllung verlangen könnte[17]). Auf der andern Seite führt Heerwart (cit.) aus, beim Gesellschaftsvertrag dauern die gegenseitigen Leistungen wohl immer längere oder kürzere Zeit hindurch fort, können also nicht Zug um Zug geschehen, außerdem seien so vielfache Gestaltungen des Vertrags denkbar, daß sich schon darum durchgreifende Regeln über das Vor- und Nachleisten nicht aufstellen lassen[18]); Kuntze-Holzschuher verneint zuerst aus ähnlichen Gründen, wie wir oben, die Anwendbarkeit der exceptio n. a. c. auf die etwa für mehrere Gesellschafter bestehende Rechnungsablagepflicht, sodann trennt er folgendermaßen: Wenn es sich um gleichzeitige Leistungen handele, wie die Einlagepflicht zur Begründung des Grundstocksvermögens, dürfe man diese exceptio doli nicht verneinen, dagegen sei sie unanwendbar für die vielgestaltenen später den Gesellschaftern gegen einander entstehenden Ansprüche. Die andern weisen,

---

[15]) Um dies vorweg zu nehmen: alle Urtheile, die wir zu unserer Frage gehörig in den Sammlungen von Entscheidungen oberster Gerichte finden konnten, sprechen nur über die Frage der Anwendbarkeit der exceptio non adimpleti contractus auf die Rechnungslegungspflicht des Gesellschafters (mit unserem Resultat), so z. B. Seufferts Archiv, Bde.: 25, nr. 105; nr. 237; 29, nr. 235; 54, nr. 221; 48, nr. 26; 36, nr. 34; R.G.E., Bd. 26, S. 257; Bl. f. Rechtsanw., Bd. VIII, S. 397 u. a.

[16]) Bejaht wurde diese Frage von Dernburg, Pand. (1882) § 21, Anmerk. 2, Wendt, Pand. § 202, 262; Windscheid, Pand. § 406, Anm. 1; Sydow in Goldschmidt, Z. f. Handelsrecht, Bd. XIX, S. 453, Treitschke, Gewerbegesellschaft u. Commandite, Leipzig 1844; Staub, H.G.B. Komm. (1896) zu Art. 108, Anm. 4, zu Art. 105, Anm. 5; Art. 160, § 1; Zimmermann im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 54, S. 255 f.; verneint von Heerwart, Arch. f. civ. Prax., Bd. 18, S. 413; von der Pfordten, Bl. f. Rechtsanw., Bd. III, S. 90 (u. die dort citierten); vermittelnd spricht sich aus Kuntze-Holzschuher, Theorie u. Casuistik des gem. Rechts (1854) § 305, S. 932.

[17]) s. des näheren dort.

[18]) ähnlich von der Pfordten, a. a. O.

wenn sie sich nicht mit einer bloßen Feststellung ihres Standpunkts in dieser Sache begnügen, auf das besondere Prinzip der Gleichheit, das bei der societas bestehe, hin, unter Anführen von Ulpian's Ausdruck „ius quodammodo fraternitas in se habeat“[19]), ein socius (Bruder) dürfe nicht gegen einen andern durchsetzen wollen, was er selbst noch nicht geleistet habe, bezw. wozu er nicht selbst leistungsbereit sei. Hiemit wäre m. W. wohl der Stand der gemeinrechtlichen Litteratur gegeben, auf Einzelnes wird unten zurückzukommen sein.

Wenn wir in eine Prüfung dieser Frage für das geltende Recht eingehen, müssen wir zuerst entscheiden, wer Gläubiger hinsichtlich der Beitragsleistungspflicht des Gesellschafters ist, „die Gesellschafter“ oder jeder „andere Gesellschafter“, und wer die Beitragsleistung im Prozeß erzwingen kann, die Gesellschafter bezw. ihre Geschäftsführer oder jeder einzelne Gesellschafter:

Das Gesetz sagt: „Die Gesellschafter verpflichten sich gegenseitig, die vereinbarten Beiträge zu leisten“ (§ 705) und diese Beiträge werden mit dem weiter Erworbenen „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen)“ (§ 718). Hiezu bemerken die Motive[20]): „Die Gesellschafter verpflichten sich jeder gegen den andern, die bestimmten Leistungen beizutragen. Diese Beitragspflicht wird sonach nicht der irgendwie von den einzelnen Gesellschaftern gesondert gedachten Gesellschaft, sondern nur den einzelnen Gesellschaftern gegenüber übernommen[21]). Dies war vielleicht für den Standpunkt des 1. Entwurf richtig, wonach die Gesellschaft rein nach den Grundsätzen der römischen societas ausgebildet war[22]). Seit aber in der 2. Kommission ein selbständiges Gesellschaftsvermögen gebildet wurde, muß doch gesagt werden, daß nicht mehr jeder Gesellschafter dem andern seinen Beitrag schuldet, sondern jeder allen Gesellschaftern, d. h. dem Gesellschaftsvermögen. Die Gesellschafter in ihrer Gesammtheit sind von Beginn des Vertragsverhältnisses an Gläubiger der an jeden Gesellschafter zu machenden Beitragsforderung. Wenn sonach die Gesellschafter in ihrer Gesammtheit einen Gesellschafter auf Leistung seines Beitrags belangen, so kann nicht davon die Rede sein, daß er die Leistung „bis zur Bewirkung der Gegenleistung“ sollte verweigern dürfen. Denn hier steht sich doch nicht Leistung gegen Gegenleistung gegenüber.

Es fragt sich aber weiter, ob damit, daß wir hier „die Gesellschafter“ als Gläubiger bezeichnen, den einzelnen Gesellschaftern jedes Klagerecht genommen ist, so Windscheid-Kipp: „dies sei als Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens ein Gesellschaftsgeschäft und dessen Realisierung stehe nur den Gesellschaftern zusammen, bezw. den Geschäftsführern zu“. — Soweit möchten wir nicht gehen, und hier tritt nun das „gegenseitig“ des § 705 in Wirksamkeit. Die Gesellschafter sind sich gegenseitig verpflichtet, der Gesammtheit den schuldigen Beitrag zu leisten. Damit ist zwar nicht ge-

[19]) so bei Wendt, a. a. O.
[20]) S. 594.
[21]) ebenso Planck-André, § 718 Anm. 2.
[22]) vgl. Denkschrift, S. 643.

sagt, daß die einzelnen Gesellschafter Gläubiger dieser Verpflichtung wären[23]), wohl aber, daß jeder berechtigt ist, Leistung an alle zu verlangen; und zwar muß diese Klagebefugniß auch ein Gesellschafter haben, der von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist[24]). Und weil nur die Klagebefugniß, nicht auch der Beitrag selbst, jedem einzelnen Gesellschafter zusteht, kann von einer Leistung und Gegenleistung im Sinn der §§ 320 f. auch hier nicht die Rede sein[25]). Was die von Zimmermann[26]) besonders betonte Rücksicht auf Billigkeit anlangt, die beim Gesellschaftsvertrag besonders betont werden müsse, so ist hier folgendes zu bedenken: Sobald mehr als zwei Gesellschafter da sind, werden unsere Gegner selbst uneins, wie es mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags bestellt sei. Nach Planck-André steht hier dem belangten Gesellschafter die E. d. n. e. V. zu, wenn der Gesellschafter, der ihn belangt hat, nicht seinerseits erfüllt hat, bezw. nicht erfüllungsbereit ist; sie steht ihm nicht zu, wenn der Kläger erfüllt hat, auch wenn andere noch nicht erfüllt haben. Andererseits gewährt Cosack die Einrede solange, bis alle Gesellschafter erfüllungsbereit sind. Hiegegen ist aber zu bemerken: wenn der Kläger geleistet hat, kann doch ihm gegenüber von einer E. d. n. e. V. nicht mehr die Rede sein. Andererseits wenn ein Gesellschafter, der noch rückständig ist, klagt, ist dies nicht unter allen Umständen unbillig, z. B. wenn alle übrigen schon erfüllt haben. M. a. W. hier kann es gar nicht in erster Linie ausschlaggebend sein, ob der Kläger erfüllt hat. Hat er erfüllt, so kann es unter Umständen, wenn viele noch nicht erfüllt haben und unsicher sind, für den Belangten sehr hart sein, nun seinerseits erfüllen zu müssen; in der Regel wird er allerdings zur Verweigerung keinen Billigkeitsgrund anführen können. Hier können also nur allgemeine für alle Verträge geltende Billigkeitsrücksichten maßgebend sein, und hienach schützt jeden ungerecht Belangten, abgesehen von der selbstverständlich möglichen Widerklage, sein Kündigungsrecht, (§ 723); eventuell kann der Gesellschafter, der hier unbillig seine Klagebefugniß ausnützt, nach § 737 ausgeschlossen werden; eine freie Anwendung der §§ 157, 242 wird stets zum richtigen Resultat führen. Gegen den Standpunkt von Cosack sei kurz nur noch darauf hingewiesen: Wenn ein Gesellschafter einen anderen einklagt und der Beklagte seine E. d. n. e. V. darauf stützt, daß nicht der Kläger, aber noch andere Gesellschafter rückständig seien, wie soll hier das Urtheil lauten, kann hier ein Urtheil zur Leistung Zug um Zug realisiert werden? Man wird unserem Standpunkt auch nicht einwenden können, dem Beklagten sei — abgesehen von der Widerklage — mit einem eventuellen Kündigungsrecht, das die Gesellschaft zur Auflösung bringe, nicht gedient; wenn sich das Verhalten des Klägers als derart unbillig erweist,

---

[23]) so Planck-André, auch § 705 Anm. 2 b, wie hier Dernburg, B.G.B., § 359; s. dort dessen Begründung.

[24]) ebenso: Cosack, Lb. § 267, I, 2.

[25]) Aus eben diesen Gründen entfällt natürlich auch die Anwendung des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts: denn dem belangten Gesellschafter steht kein Anspruch auf Leistung an ihn selbst zu.

[26]) a. a. O., s. oben.

daß dem Beklagten eine Leistung, wenn auch nur zur Zeit, nicht zugemuthet werden kann, dann verletzt hiedurch der Kläger derart seine Treupflicht, daß es regelmäßig gar nicht im Interesse des Beklagten liegen wird, mit einem derartigen Genossen weiter zu gemeinschaftlichem Zweck zu handeln.

Zum Schluß dieses Abschnitts mag nur noch darauf hingewiesen werden, daß die Motive die Entscheidung der hier erörterten Frage umgehen und ausdrücklich erklären, die Lösung der Wissenschaft und Praxis überlassen zu wollen.[27]) Auch einer nur nebenbei gemachten Bemerkung bei den Berathungen der 2. Kommission kann für den Standpunkt der gesetzgebenden Faktoren keinerlei Bedeutung beigemessen werden[28]).

2) Gesellschaftsvertrag und nachträgliche zufällige Unmöglichkeit der Leistung nach § 323 B.G.B.:

In dieser Frage finden wir in den Motiven[29]) eine Erklärung, die ihrem Ergebniß nach unserer Anschauung widerspricht, in ihren Gründen, bezw. einzelnen Ausführungen jedoch in unserem Sinn ausgebeutet werden kann. Es heißt dort:

„Tritt eine solche (— zufällige —) Unmöglichkeit hinsichtlich des „ganzen Gegenstands (2c. der Beitragsleistung eines Gesellschafters) ein, „so zerfällt der Vertrag; bezieht sie sich nur auf einen Theil des zu „leistenden Beitrags, so wird der betreffende Gesellschafter zwar von der „Leistungspflicht insoweit befreit, verliert aber den Anspruch auf den ent„sprechenden Theil der Gegenleistung nach den allgemeinen Grundsätzen „(§§ 257, 368 jetzt: §§ 275, 323). Wie aber im letzteren Fall „das Rechtsverhältniß sich näher gestaltet, ob namentlich „die Beiträge der andern Gesellschafter oder nur der Ge„winn als Gegenleistung anzusehen, und wie, wenn letz„teres anzunehmen, die Minderung geschehen müsse, bleibt „fraglich". — Es wird sodann auf die Theorie und Praxis verwiesen.

Vorerst abgesehen von der Frage der Wirkung der vollständigen Unmöglichkeit, geht aus diesen Worten hervor, daß auch der Gesetzgeber sich nicht klar machen konnte, was hier die „Gegenleistung" sein soll und daß er dazu neigt, die Gewinnantheile als Gegenleistung anzusehen: der Gewinnantheil ist allerdings Ziel und Zweck für die Beitragsleistung (und nicht ist dies die Leistung der andern Gesellschafter), aber er kann, wie schon ausgeführt, nie als „Gegenleistung" im Sinn der §§ 320 f.

---

[27]) s. Mot. II, S. 598, s. unten Z. 2, a. A.

[28]) vgl. Prot. II, S. 425; übrigens erscheint die dort ausgesprochene Ansicht von vornherein unrichtig. Dort wird gesagt, dem Gesellschafter, der seinen Gewinnantheil einklage, könne die E. d. n. e. V. entgegengehalten werden, wenn er seine Beitragsleistung nicht voll erfüllt habe. Hier handelt es sich aber doch nicht um Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigem Vertrag? Einmal ist gar nicht nothwendig, daß ein Gewinn entsteht, dann entsteht dieser nicht mit dem Vertrag und aus demselben seiner Natur nach, sondern nur als (mögliche) Folge des Vertrags. — Dagegen kann hier sehr wohl eine Einrede des Zurückbehaltungsrechts platzgreifen, denn der Gesellschafter hat an die Gesammtheit der Gesellschafter einen Anspruch auf Antheil am entstandenen Gewinn, und diese hat an ihn einen solchen auf die Beitragsleistung und beide Ansprüche sind aus demselben rechtlichen Verhältniß entstanden.

[29]) II, S. 600.

aufgefaßt werden. Was beim Gesellschaftsvertrag die Gegenleistung der Gesellschafter gegen die Beitragsleistung eines von ihnen im Sinn von §§ 320 f. sein soll, bleibt auch uns fraglich.

Um hieran gleich den Standpunkt der Theorie anzuschließen, so sind hier auch unsere Gegner uneins: Planck-André bejahen die Anwendbarkeit des § 323 für den Fall, daß nur zwei Gesellschafter da sind, Oertmann bejaht sie allgemein, Cosack verneint sie allgemein. Des näheren wird auf die Begründungen dieser Ansichten nachher einzugehen sein.

Wird einem Gesellschafter die Leistung seines Beitrags vollständig unmöglich, so wird man trotz der Bestimmung des § 705, daß die vereinbarten Beiträge zu leisten seien, nicht unbedingt annehmen dürfen, daß hiedurch die Gesellschaft gegenstandslos werde, der Vertrag zerfalle[30]). Es wird immer darauf ankommen, ob durch diese Unmöglichkeit die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich wird. Auf diesem Standpunkt stehen auch Cosack und Planck-André, ebenso auch wohl das Gesetz selbst, denn dieses gewährt ein Kündigungsrecht, wenn einem Gesellschafter „die Erfüllung einer nach dem Gesellschaftsvertrag ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtung unmöglich wird"[31]). Dies ergiebt sich m. E. auch daraus, daß § 705 die Beitragspflicht nur als wesentlichen Theil der durch den Vertrag begründeten Verpflichtung „zur Förderung der Erreichung des gemeinsamen Zweckes" aufstellt; wenn diese Beitragsleistung unmöglich wird, kann unter Umständen wohl noch mit der Gesellschaft irgend eine Förderungspflicht des Gesellschafters weiter bestehen.

Wird nun, weiterhin, die Erreichung des Gesellschaftszweckes nicht unmöglich, so fragt sich, ob von der Anwendung des § 323 (wie aller Bestimmungen der §§ 320 f.) die Rede sein kann. Cosack sagt zur Begründung der Ablehnung des § 323, es liege keineswegs im Interesse der Gesellschafter, daß in solchem Fall der Vertrag ex lege erlöschen sollte, deshalb gewähre das Gesetz den einzelnen Gesellschaftern ein Kündigungsrecht. Kipp bei Windscheid führt dies näher dahin aus, daß möglicher Weise bei Eintritt dieses Zufalls schon Gesellschaftsgeschäfte vorgenommen seien und Gewinn gemacht sei, deshalb werde es regelmäßig einer Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern bedürfen und reine eine Rückgewährpflicht nach den Regeln vom Rücktrittsrecht nicht aus. Im Gegensatz hiezu führen Planck-André aus, es sei für den einzelnen Gesellschafter vielfach viel praktischer, wenn er nicht auf eine Auseinandersetzung nach Gesellschaftsregeln angewiesen sei, sondern nach Grundsätzen des Rücktrittsrechts das Geleistete zurückverlangen könne. Hiegegen ist nun aber zu bemerken, wenn — auch bei nur zwei vorhandenen Gesellschaftern — der eine seinen Beitrag geleistet hat, so hat er ihn[32]) nicht nur dem andern, sondern nur „auch" dem andern, er hat ihn an „die Gesellschafter" geleistet; auch wenn er nur Dienste ge-

[30]) s. die Motive, a. a. O.

[31]) vgl. auch Planck-André, § 723 Anm. 1 b; Windscheid-Kipp, a. a. O.

[32]) wie auch aus Planck-André's Ausführungen entnommen werden kann, Vorbem. a. a.

leistet hat, hat er diese nicht dem andern, sondern beiden Gesellschaftern, also auch sich selbst geleistet. Deshalb kann auch nicht davon die Rede sein, daß er seine infolge des Unmöglichwerdens der Leistung des andern nun nicht geschuldete Gegenleistung vom andern herausverlangen könne: § 323 III. Wenn im Gesellschaftsvertrag auch nur Ein Gesellschafter geleistet hat, ist damit ein bisher etwa nur in Forderungen auf Beitragsleistung bestehendes Gesellschaftsvermögen zum Theil realisiert, und wenn nachher die Gesellschaft aufgelöst wird, muß nothwendig eine Auseinandersetzung nach §§ 730 f. statt haben. Es kann nicht, wie es in § 323 gedacht ist, der Vertrag unmittelbar in ein Nichts zerfallen. Es kann entweder, wenn die Erfüllung des Gesellschaftszwecks durch den Eintritt der Unmöglichkeit unerreichbar wird, der Vertrag derart aufgelöst werden, daß nunmehr eine Auseinandersetzung stattzufinden hat (vgl. insbes. § 735), oder aber bleibt der Vertrag bestehen, kann aber durch Kündigung nach § 723 zur Auflösung gebracht werden. Dies muß gelten, gleichgültig, ob zwei oder mehr Gesellschafter vorhanden sind[33]).

Wenn beim gegenseitigen Vertrag[34]) die Leistung des einen Theils unmöglich wird, so ist damit ohne weiteres der Vertrag hinfällig (Ausnahme 323 II), wenn beim Gesellschaftsvertrag dem einen Gesellschafter seine Beitragsleistung unmöglich wird, so kann er immer noch[35]) auf andere Weise, z. B. durch moralische Förderung (Cosack) oder nach Abänderung seiner Beitragspflicht die Erreichung des gemeinsamen Zwecks (§ 705) zu fördern im Stande sein. Es ist nicht nothwendig alles zu Ende. Am deutlichsten wird, daß von einer Anwendbarkeit der §§ 323 f. keine Rede sein kann, wenn mehrere Gesellschafter da sind. Wird hier die Leistung eines Gesellschafters unmöglich, so kann man doch nicht mit Planck-André sagen: ein (anderer) Gesellschafter werde dem gegenüber frei, dessen Leistung unmöglich geworden sei, nicht aber den andern Gesellschaftern gegenüber. Was soll diese Befreiung unter Hinweis auf § 323 besagen? Entweder hat die Unmöglichkeit der Leistung des einen Gesellschafters zur Folge, daß alle frei werden, m. a. W., daß der Vertrag aufgelöst wird (dies ist auch nach Planck-André eine mögliche, nicht aber eine nothwendige Folge), oder aber bleiben alle an ihre Beitragsleistung gebunden. Denn die Bindung besteht allen gegenüber. Und wenn die Gesellschaft weiter besteht, dann besteht sie auch in Gemeinschaft mit dem Gesellschafter weiter, dessen Vertragsleistung unmöglich wurde. Dieser muß dann eben einen andern Beitrag leisten oder sonst den Gesellschaftszweck fördern; soll die Gesellschaft mit ihm nicht weitergeführt werden, dann muß Kündigung erfolgen.

Ganz dasselbe muß aber in jeder Hinsicht auch dann gelten, wenn die Leistung des einen Gesellschafters nur zum Theil unmöglich wurde.

---

[33]) Planck-André kommen von ihrem Standpunkt zu dem unbilligen Ergebniß, daß ein Gesellschafter bei Vorhandensein von nur zwei Gesellschaftern für geleistete Dienste Ersatz erhält, dagegen wenn mehr als zwei Gesellschafter da sind, nicht (wegen § 733 II, S. 3).

[34]) im Sinn der §§ 320 f.

[35]) soweit nicht § 726 in Frage kommt.

Wenn bei gegenseitigem Vertrag, bei dem Leistung und Gegenleistung ausgetauscht werden sollen, die Leistung des einen Theils durch Zufall theilweise unmöglich wird, ist es billig, daß dann auch der andere weniger leisten muß. Beim Gesellschaftsvertrag dagegen verbinden die beiden Gesellschafter — um von diesem Fall auszugehen — ihre beiderseitigen Leistungen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen (dritten) Zweckes. Hier kann nun im Hinblick auf die Erreichung dieses Zwecks doch nicht auch die Leistung des einen Gesellschafters ohne weiteres aus Billigkeitsgrundsätzen als gemindert angenommen werden, nur aus dem Grunde, weil theilweise Unmöglichkeit der Leistung des andern eingetreten und hiedurch schon dem gemeinsamen Zweck geschadet ist. Hier gibt es nur folgende Möglichkeiten: entweder ist die Erreichung des Gesellschaftszwecks durch die theilweise Unmöglichkeit der Leistung des einen Gesellschafters unmöglich geworden, dann löst sich hiedurch der Gesellschaftsvertrag auf; oder die Erreichung des Zwecks bleibt möglich, dann besteht der Vertrag weiter und der Gesellschafter, dessen Leistung noch voll möglich ist, bleibt voll verpflichtet. Dann bleibt ihm immer die Möglichkeit nach § 723 (s. u.) zu kündigen, wenn er nicht durch Vereinbarung mit dem andern Gesellschafter auf andere Weise die Lage beider ausgleichen kann. Ist der alleinige Zweck Austausch von Leistungen, wie beim gegenseitigen Vertrag im engeren Sinn, dann ist die Folge des § 323 I S. 2 billig. Ist aber der Zweck, durch gemeinschaftliche Leistung ein Vermögen zu bilden und aus dieser Verbindung Vortheil zu ziehen, dann entspricht eine Regelung wie dort eben *nicht* dem Zweck des Vertrags. Planck-André wollen hier vor allem § 323 für praktisch halten, weil § 723 nur den Fall der vollständigen Unmöglichkeit im Auge habe. Mit dieser praktischen Entscheidung *nehmen* sie aber mindestens ebensoviel, als sie scheinbar geben. Denn bei einem Gesellschaftsvertrag mit drei oder mehr Gesellschaftern verneinen auch sie die Anwendbarkeit des § 323; welche Regelung soll dann Platz greifen, wenn § 723 hier versagt sein soll[36])? Es wird doch keiner weiteren Begründung bedürfen, daß ein (nicht unerheblicher) Theil der Beitragsleistung eines Gesellschafters *auch* als „eine dem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung" angesehen werden muß. Dies ist schon aus der allgemeinen Fassung des § 723 zu entnehmen. Hier kann man § 723 den §§ 323 f. gegenüberstellen, dort ist vom Unmöglichwerden „der Leistung" die Rede, hier nur vom Unmöglichwerden (irgend) einer wesentlichen Vertragsverpflichtung.

3. Ebenso zeigt sich an der Bestimmung des § 324, daß derartige Regeln auf die Gesellschaft nicht passen. Dem § 324 liegt der vernünftige Gedanke zu Grunde, daß, wenn zwei Vertragsgegner sich dahin geeinigt haben, Leistung gegen Leistung auszutauschen, es der Billigkeit nicht entsprechen würde, wenn der eine Theil seinen Anspruch verlieren sollte, weil der andere ihm unmöglich gemacht hat, das Seinige zu leisten. Anders beim Gesellschaftsvertrag, hier will ja nicht der eine von zwei

[36]) Planck-André, Vorbem. zum 14. Titel, S. 455 oben.

Gesellschaftern seine Leistung machen, um hiefür eine Gegenleistung zu erhalten, sondern beide wollen durch ihre Leistungen einen gemeinschaftlichen Zweck verfolgen. Deshalb ist hier, wenn eine Leistung unmöglich wird, die erste Frage, welche Wirkung hat dies auf den zu erreichenden Zweck; und aus diesem Grund ist auch jedem Gesellschafter, wenn die Leistung eines andern unmöglich wurde, ein Kündigungsrecht ganz allgemein eingeräumt, ganz unabhängig davon, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Das Kündigungsrecht steht auch dem zu, der die Leistung (eines andern) unmöglich gemacht hat[37]). Denn für die (erste) Frage, welche Wirkung die Unmöglichkeit auf das Erreichen des Gesellschaftszwecks hat, ist nicht von unmittelbarer Bedeutung, wer diese Unmöglichkeit zu vertreten hat; diese Frage gewinnt erst für die Auseinandersetzung, bezw. Gewinnvertheilung (abgesehen von dem allgemeinen Schadensersatzrecht) Bedeutung.

4. Auch die Anwendung der Rechtsbehelfe der §§ 325 f. ist hier ausgeschlossen:

Wenn die Beitragsleistung eines Gesellschafters unmöglich wird, aus einem Grund, den er zu vertreten hat, kann aus den angeführten Gründen von einer Anwendbarkeit des § 323 keine Rede sein. Entweder wird hiedurch die Gesellschaft aufgelöst, wegen Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszwecks, oder aber entsteht für jeden Gesellschafter das Kündigungsrecht nach § 723. Was das in den §§ 325 f. gewährte Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung anlangt, so bietet sich hier deshalb keine Besonderheit, weil nach § 280 dieses Recht gegen jeden Schuldner in jedem obligatorischen Vertrag besteht; es kann nur auch hier wieder darauf hingewiesen werden, daß §§ 325 326 von dem Recht „des andern Theils" sprechen. Beim Gesellschaftsvertrag ist nun der Theil, der das Recht aus § 280 geltend machen kann, zunächst die Gesammtheit der Gesellschafter. Weiterhin hat aber auch jeder Gesellschafter, wie er das Recht hat, auf Leistung des Beitrags an die Gesellschafter zu klagen, das Recht, selbständig darauf zu klagen, daß der Schuldige den Schaden ersetze, der allen Gesellschaftern (nicht der, der dem klagenden Gesellschafter speziell) durch die Schuld des Beklagten entstanden ist. — Noch viel weniger als von dem Recht nach § 323 kann bei der Gesellschaft von einem Rücktrittsrecht der §§ 325 f. (immer noch abgesehen von den Besonderheiten des § 326 I Satz 1) die Rede sein. Eine Rücktrittserklärung ist hier nothwendig eine Kündigung. Beim gegenseitigen Vertrag i. e. S. wird dem einen Theil für gewisse Fälle ein Rücktrittsrecht gewährt, dessen Ausübung dazu führt, daß jeder das vom andern Geleistete nach bestimmten Regeln zurückgewähren muß. Hier beim Gesellschaftsvertrag erfüllt den entsprechenden Zweck die Kündigung und darauf folgende Auflösung der Gesellschaft; denn bei dem der Gesellschaft nothwendigen Gesellschaftsvermögen (wenn es auch nur aus Forderungen auf Beiträge besteht) kann nicht anders restituiert werden, als durch Auflösung des Verhältnisses nach §§ 730 f.; ganz abgesehen davon, daß von einem „Rück-

[37]) so ganz allgemein § 723

tritt" eines Gesellschafters oder einem Gesellschafter gegenüber bei einer Gesellschaft mit mehr als zwei Gesellschaftern natürlich nicht die Rede sein kann. Was endlich die besonderen Bestimmungen des § 326 I S. 1 anlangt, so passen diese, wie sich ohne weiteres ergibt, keinesfalls auf den Gesellschaftsvertrag. Hier ist der einzelne zwar berechtigt, auf Leistung an alle zu klagen, aber es kann ihm nie zustehen, ohne Uebereinstimmung mit allen andern Gesellschaftern eine Frist mit der Folge des § 326 I zu setzen; denn nicht ein einzelner Gesellschafter, sondern die Gesellschafter haben, z. B. im Fall des § 283 II, zu entscheiden, welche Rechte sie gegen den Schuldigen geltend machen wollen; und sobald Rechtsbehelfe nur von der Gesammtheit der Gesellschafter geltend gemacht werden können, sind schon von vornherein Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge der §§ 320 f. ausgeschlossen; denn dann stehen sich nicht mehr zwei gleichmäßig aus dem Vertrag wechselseitig Verpflichtete gegenüber.

D) Wenn wir sonach bei Prüfung der inneren Natur des Gesellschaftsvertrags, ebenso wie beim Eingehen auf die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes über gegenseitige Verträge und Vergleichung derselben mit dem Gesellschaftsverhältniß zu dem Resultat kommen, daß der Gesellschaftsvertrag ein Vertrag eigener Art ist, so kann dies Ergebniß nur von dem Standpunkt der Kritik der Fassung des B.G.B. aus als ein unerwünschtes und unbefriedigendes bezeichnet werden, nicht aber vom Standpunkt der praktischen Zweckmäßigkeit und des Bedürfnisses des Verkehrs aus. Dies im einzelnen zu begründen, gienge über die Grenzen dieser Abhandlung hinaus. In wesentlichen Punkten wird sich schon aus dem Gesagten beurtheilen lassen, daß die Bestimmungen der §§ 705 f., ergänzt durch die allgemeinen Regeln über obligatorische Verträge, für die Auslegung jedes Gesellschaftsvertrags und für die daraus zu ziehenden praktischen Folgerungen ausreichend sind und jedenfalls mehr zu befriedigen vermögen, als wenn man, wie Planck-André belieben, die Gesellschaftsverträge in solche mit zwei Gesellschaftern und solche mit mehreren Gesellschaftern trennt.